جامعه النجاح الوطنية

كليه الدراسـات العليا

الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية

إعداد

مجد محمد سليمان عناب

إشراف

د. علي السرطاوي

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجه الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعه النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2012

الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية

إعداد

مجد محمد سليمان عناب

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2012/1/8 وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة	**التوقيـع**
1. د. علي السرطاوي / مشرفاً ورئيساً	....
2. د. جهاد الكسواني / ممتحناً خارجياً	....
3. د. أمجد حسان / ممتحناً داخلياً	....

الإهداء

إلى من كلَّلهُ اللهُ بالهيبةِ والوقار .. إلى من علَّمني العطاءَ بدونِ انتظار .. إلى من أَحملُ اسمَهُ بكلِّ افتخار ..

" والدي العزيز"

إلى ملاكي في الحياة .. إلى معنى الحبِّ و الحنانِ والتفاني .. إلى بسمةِ الحياةِ وسرِّ الوجود .. إلى من كان دعاؤها سرَّ نجاحي وحنانُها بلسمَ جراحي إلى أغلى الحبايب

" أمي الحبيبة "

إلى توأمِ روحي ورفيقةَ دربي .. إلى صاحبةِ القلبِ الطيبِ والنوايا الصادقة
إلى من رافقتني منذُ أن حَمَلنا حقائبَ صغيرةَ ومعك سرتُ الدربَ خطوةً بخطوة وما تزال ترافقني حتى الآن.

" أختي "

إلى من أرى التفاؤلَ بعينه .. والسعادةَ في ضحكته
إلى شعلةِ الذكاء والنور .

" أخي "

إلى من آنسني في دراستي وشاركَني همومي
تذكاراً وتقديراً

" صديقي ياسر "

إلى المخلصين والمتفانين أينما كانوا .

شكر وتقدير

لابد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير ، أتقدم بالشكر والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة إلى جميع أساتذتنا الأفاضل ،وأخص بالذكر أستاذي الدكتور علي السرطاوي، أستاذ القانون المدني والفقه الإسلامي في جامعة النجاح الوطنية، الذي لم يأل جهدا في تقديم العون والمساعدة في إظهار هذا العمل في أبهى صوره.

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الدكتور أكرم داود، عميد كلية القانون ، والدكتور أمجد حسان، استاذ القانون الخاص في جامعة النجاح الوطنية، ولا أنسى تقديم وافر الشكر للأستاذ الدكتور جهاد الكسواني، أستاذ القانون الخاص في جامعة القدس لقبوله مناقشة هذه الرسالة .

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:	**اسم الطالب:**
Signature:	**التوقيع:**
Date:	**التاريخ:**

فهرس المحتويات

الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية

إعداد

مجد محمد سليمان عناب

إشراف

د.علي السرطاوي

الملخص

بحثت في رسالتي هذه الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية وبينت من خلالها فيما إذا كان هذا الخطأ يعد سببا لقيام المسؤولية المدنية كما في الخطأ الايجابي، أم أن هذا الخطأ أو الامتناع لا يعد معتبرا في نظر الفقه والقانون، ومن اجل ذلك أجملت هذه الرسالة في فصلين، الأول خصصته لدراسة القواعد العامة في الخطأ السلبي وفيه مبحثان، الأول عرضت فيه لتعريف الخطأ السلبي وتمييزه عن الخطأ الايجابي وبيان القاعدة الأساسية للتفرقة بينهما، كما أوضحت مدى خضوعه للقواعد العامة في الخطأ من خلال بيان موقف الفقه والقضاء من ذلك، وفي المبحث الثاني درست فيه طبيعة الخطأ السلبي من خلال بيان موقف الفقه الذي يرى في هذا الخطأ انه حالة عديمة الأثر، ويستند في ذلك على أسس فلسفية وقانونية، وبيان موقف الجانب الآخر من الفقه الذي يرى في الامتناع انه حالة ذات اثر مستندا في ذلك على أسس فلسفية وقانونية أيضا.

أما الفصل الثاني فقد خصصته لدراسة صور الخطأ السلبي وتطبيقاته، وذلك من خلال مبحثين وضّحت في الأول منهما صور الامتناع من حيث كونه امتناعا مجردا أم امتناع مسبوق بالتزام ، وبينت موقف الفقه والقانون من إقامة المسؤولية عليهما، أما المبحث الثاني فقد تناولت فيه ابرز تطبيقات الخطأ السلبي وتشمل الامتناع عن عمل مادي وقانوني وامتناع عن التعاقد ومساعدة الآخرين .

ونهاية وضعت خاتمة سجلت فيها أهم النتائج والملاحظات التي أوصلني البحث إليها وأظهرتها لمعالجة الموضوع في جوانبه كافة .

مقدمة

تعد المسؤولية المدنية من أهم موضوعات القانون المدني، لأن المسؤولية المدنية بشقيها العقدية والتقصيرية ترتب التزامات على من يتحملها والمسؤولية تقوم على أركان ثلاثة هي الخطأ، والضرر ، والعلاقة السببية ، التي تربط الضرر بالخطأ الحاصل .

وما يعنينا في هذا البحث هو ركن الخطأ الذي يعرف بأنه انحراف في السلوك الشخصي، مع إدراك هذا الانحراف[1]، وهذا التعريف أثار جدلا طويلا لأن بعضا من الفقه، وأخص الفقه الإسلامي الذي أقام المسؤولية على الضرر، ولم يكترث بالخطأ، فالمسؤولية، وفق نظرهم، تنهض إذا كان هنالك ضرر، سواء أكان الفعل خاطئا أم لا، خلافا للفقه الفرنسي الذي أقام المسؤولية على الخطأ، الضرر والعلاقة السببية. فالفقه الإسلامي لم يعط أهمية لعنصر الإدراك بالخطأ، فعندما يتحقق الضرر، يجب جبره وتعويضه، على خلاف الفقه الفرنسي الذي أقام المسؤولية على ركن الخطأ، واشترط الإدراك، حتى يعتد بالخطأ الموجب للمسؤولية[2].

والسلوك الشخصي للإنسان إما أن يكون سلوكا إيجابيا بإتيان فعل، وإما سلوكاً سلبيا بالامتناع عن فعل ومن هنا ظهرت مشكلة قيام المسؤولية استنادا إلى خطأ سلبي، وهو الامتناع، ففي بادئ الأمر لم يتصور الفقه قيام المسؤولية إلا على خطأ ايجابي، فلا شك حول مسؤولية الشخص الذي يلحق ضررا بغيره بسبب فعله الايجابي، كالضرب، أو الجرح، ولكن الإشكالية تثور حول مسؤولية الشخص الذي يتخذ موقفا سلبيا، أو يقف موقف المتفرج من حادثة ما، يترتب عليها ضررُ بالآخرين، نتيجة موقفه السلبي، فهل يمكن مساءلته عن تعويض الضرر الذي لحق بالآخرين[3] .

---

[1] سلطان، أنور : **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني** .ط1. عمان . دار الثقافة للنشر والتوزيع. سنة 2005.

[2] مرقس، سليمان **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية**. ج 1. ط5. القاهرة: بدون دار نشر. 1992:. تنقيح حبيب إبراهيم الخليلي.1992. ص126-128 .

[3] الذنون ، حسن علي، والرحو،محمد سعيد : **المبسوط في شرح القانون المدني**. ج2 ، ط1، عمان. دار وائل للشر. سنة 2006. ص184-185 .

أهمية الدراسة

تنبع أهمية البحث في موضوع الخطأ السلبي في المسؤولية ، من خلال تحليل مفهوم الخطأ السلبي وطبيعته وصورة، وتميزه عن الخطأ الايجابي، كونه موضوع تعارضت وتضاربت فيه الآراء حتى وصلت إلى حد عدم الإقرار بقيام المسؤولية نتيجة الخطأ السلبي أو الامتناع ، وهذا جعل من البحث في مقومات هذه المسؤولية و سماتها العامة و تحديد ملامحها امرأ ليس بالهين،

مشكلة الدراسة:

ترتكز مشكلة الدراسة في عدم وجود تنظيم تشريعي يحكم المسؤولية المدنية الناتجة عن خطا سلبي يبين فيه شروطها وأثارها وحكمها، ينأى بنا عن الخلافات الفقهية المحتدمة بهذا الخصوص، بالإضافة إلى قلة عدد المراجع التي تشير إلى الموضوع والتي إن أشارت، فإنها تتحدث بإيجاز غير واف، لا يلبي حاجة الباحث أو المتخصص، وأما المراجع المتخصصة في الموضوع فإنها تكاد تكون معدومة.

أسباب اختيار الموضوع

على الرغم من الصعوبات التي واجهت الباحث في هذا الموضوع، فان سبب اختيار الموضوع يعود إلى اختلاف الفقهاء بخصوص مسائلة الممتنع وإلزامه بتعويض المضرور أم لا، فمنهم من يرى أن الفعل السلبي يعادل الفعل الايجابي، ويبني عليه قيام المسؤولية، مثلما تقوم على الفعل الايجابي ومنهم من يتنكر لفكرة الخطأ السلبي " الامتناع "، ولا يرى فيها سببا لقيام المسؤولية، لأنه في إقامة المسؤولية على الخطأ السلبي مساس بحرية الإفراد، التي يجب احترامها، واحترام قدسيتها، وسبب ذلك هو تأثر كل جانب منهم إما بالمذهب الفردي أو المذهب الجماعي، هذا من الناحية الفلسفية، أما من الناحية القانونية فان سبب الخلاف هو الصعوبة في فهم طبيعة الامتناع، فلم ير جانب من الفقه أن الامتناع ينهض سببا لقيام المسؤولية كونه عدم، ولا يتساوى بالنشاط الايجابي، وبعكس ذلك تظهر الخطورة في اتساع نطاق قيام المسؤولية ، بناء على النشاط السلبي – الذي هو احد أنواع السلوك البشري الذي يقف فيه الإنسان موقف المتفرج –.

الدراسات السابقة :

تعرضت كثير من الدراسات لموضوع الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية ، ولكن ذلك كان بشكل موجز ودونما تعمق، وكان ذلك في أثناء بحثها في ركن الخطأ بصفته احد أركانها ومن هذه الدراسات :

1- دراسة للدكتور حسن علي الذنون وعنوانه (المبسوط في شرح القانون المدني) الجزء الثاني، الخطأ،وتناولت هذه الدراسة ركن الخطأ بمجمله .

2- دراسة مزهر جعفر عبد وعنوانها (جريمة الامتناع) وهذه الدراسة تعلقت بالمسؤولية الجزائية، ولكن يمكن القياس عليها إلى حد ما بالنسبة للمسؤولية المدنية.

3- دراسة للشيخ مصطفى احمد الزرقا وعنوانها (الفعل الضار والضمان فيه).

4- دراسة للدكتور حبيب إبراهيم الخليلي وعنوانها (مسؤولية الممتنع المدنية والجزائية في المجتمع الاشتراكي).

5- دراسة للدكتور عاطف النقيب وعنوانها (المسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي).

منهج الدراسة:

اتبع الباحث في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن من اجل الإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه، وإبراز أهم سماته وملامحه، عبر دراسة تحليلية للنصوص المتعلقة بالخطأ السلبي الواردة في كل من القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومشروع القانون المدني الفلسطيني وقانون المخالفات المدنية، في ضوء الفقه وقرارات المحاكم، وموقف الفقه الإسلامي منها .

إشكالية الدراسة

لا يثور أي شك حول مسؤولية الشخص الذي يلحق ضرراً بالغير نتيجة فعله أو نشاطه الايجابي الذي يعد خطأ، ولكن الإشكالية تثور حول مسؤولية الشخص الذي يتخذ موقفا سلبيا أو يقف موقف المتفرج فيكون موقفه السلبي سببًا غير مباشر في إلحاق الضرر بالغير فهل يجوز مساءلة الممتنع عن تعويض الإضرار التي لحقت بالمضرور؟

خطة الدراسة

تقسم هذه الدراسة إلى فصلين، عالج الباحث في الفصل الأول الأحكام العامة للخطأ السلبي (الامتناع) من حيث ماهية الخطأ السلبي وبيان القواعد التي يخضع لها هذا الخطأ، وعالج في الفصل الثاني صور الامتناع وتطبيقاته.

الفصل الأول

تحديد الخطأ السلبي

الخطأ صفه تتعلق بالموصوف، وهو الفعل الذي يترجم إلى سلوك،و السلوك الشخصي للإنسان، إما أن يكون سلوكاً إيجابياً بإتيان فعل، وإما سلوكاً سلبياً بالامتناع عن فعل، وهذا السلوك الايجابي، غالباً، ما يؤثر في الآخرين، فإن ألحق بهم ضرراً، فإنه لا خلاف في قيام مسؤولية الفاعل ، ووجوب تعويض المضرور[1]، إلا أن الخلاف ثار بين الفقه في مسألة قيام المسؤولية استناداً إلى السلوك السلبي (الامتناع)، إذ في بادئ الأمر لم يتصور الفقه قيام المسؤولية إلا على السلوك الإيجابي كالضرب أو الجرح، أما مسؤولية الشخص الذي يتخذ موقفاً سلبياً، أو يقف موقف المتفرج من حادثة وقعت أمامه، ويكون موقفه هذا سبباً في إحداث الضرر[2]، هي مدار الخلاف الفقهي، فهل يمكن مساءلة الممتنع عن تعويض الضرر الذي لحق بالآخرين ؟

في هذا الفصل سيتم الإجابة على السؤال التالي: ما هو الخطأ السلبي (الامتناع) وكيف تميزه عن الخطأ الإيجابي، وما مدى خضوعه للقواعد العامة في الخطأ ؟

المبحث الأول : مفهوم الخطأ السلبي

من خلال هذا المبحث سيتم توضيح مفهوم الخطأ السلبي، وكيفية تمييزه عن الخطأ الإيجابي، وما مدى خضوعه للقواعد العامة في الخطأ، وذلك من خلال مطلبين: الأول تناول تعريف الخطأ السلبي (الامتناع) وتميزه عن الخطأ الإيجابي، والثاني يبين مدى خضوع الامتناع للقواعد العامة في الخطأ.

---

[1] مرقس، سليمان:**مرجع سابق** .ص271.

[2] الذنون، حسن علي: **المرجع السابق**. ج 2 (الخطأ). ط1. عمان: دار وائل للنشر. 2006. ص 184.

المطلب الأول: تعريف الخطأ السلبي وتمييزه عن الخطأ الإيجابي:

أثار موضوع الخطأ السلبي (الامتناع) الكثير من الجدل بين الفقهاء، فقد صعب على الكثير منهم التسليم بفكرة قيام المسؤولية على أساس الخطأ السلبي (الامتناع)، فهم لم يروا في الامتناع إلا العدم، والعدم لا يُنتج إلا عدماً، وربما يعود الأمر إلى عدم فهم طبيعة الامتناع، لهذا لا بدّ من تحديد المقصود بالامتناع في فرع أول، وتميزه عن الخطأ الإيجابي في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف الخطأ السلبي :

تقوم المسؤولية المدنية على أركان ثلاثة هي الفعل (الخطأ) والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل، وما يعنينا في هذه الدراسة هو ركن الخطأ وخاصة الخطأ السلبي، وقبل توضيح مفهومه لا بد من توضيح الخطأ بشكل عام، وعلى الرغم من الجدل الكبير الذي ثار في تعريف الخطأ، فإنه أمكن تعريفه على أنه الانحراف في السلوك الاعتيادي للشخص مع إدراكه لهذا الانحراف[1]، أو الإخلال في الالتزام القانوني المؤدي إلى مراعاة الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضرّ بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك اعتبر هذا خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية[2].

لهذا يمكن القول: أن قوام الخطأ هو الانحراف في السلوك، وهذا السلوك إما أن يكون سلوكاً إيجابياً متمثلاً بالقيام بعمل، أو سلوكاً سلبياً متمثلاً في الامتناع عن القيام بعمل، ومن هنا يتبين أن صور الإلزامات بشكل عام، إما أن تكون قيام بعمل، وإما إعطاء شيء وهي من صور السلوك الإيجابي، أو امتناع عن قيام بعمل، وهي من صور السلوك السلبي.

1- الديناصوري، عز الدين. والشواربي، عبد الحميد: **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء**. القاهرة: الحديثة للطباعة. ص61.

2- جمعة، عبد المعين لطفي: **موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية**. ج1. القاهرة: عالم الكتب. 1979. ص 50.

وللخطأ السلبي ألفاظ مترادفة منها الامتناع ، أو السلوك السلبي، أو الترك، وجميعها تستخدم للدلالة على معنى واحد، إلا أن هناك من يرى التمييز بين الترك الذي يفترض نسياناً أو إهمالاً بمناسبة عمل معين، فهو مقترن بالعمل، وبين الامتناع الذي يعني عدم العمل بوجه عام[1].

ومهما يكن من أمر، فإن وضع تعريف دقيق للامتناع (الخطأ السلبي) لم يُثر الجدل لدى أوساط فقهاء القانون المدني فحسب، بل اختلف فيه أيضاً فقهاء القانون الجنائي، فذهب جانب من الفقه الجنائي إلى القول: إن الامتناع، أو الخطأ السلبي ، هو إحجام شخص عن إتيان فعل إيجابي معين، يوجب القانون القيام به رعاية للحقوق التي يحميها بشرط أن يكون في استطاعة الممتنع القيام به[2].

ومن التعريف السابق يتبين أن الامتناع ليس عدماً وفراغاً، بل هو كيان قانوني له وجوده وعناصره التي يقوم عليها، وإن كان الامتناع من الناحية المادية ظاهرة سلبية، فهو من الناحية القانونية ظاهرة إيجابية[3].

يمكن القول أن ما ذهب إليه هذا الجانب إلى حدٍّ ما صحيح، إلاّ أن القول بأن الامتناع من الناحية القانونية ظاهرة إيجابية قول تعوزه الدقة، فالامتناع من حيث الأثر أو النتيجة هو إيجابي، لأنه يترك أثراً على الآخرين، أما القول أنه ظاهره إيجابية فهذا قول غير سديد، فالامتناع لا يظهر أساساً إلاّ في حالة حدوث الضرر.

كما ذهب جانب آخر من فقه القانون الجنائي[4] إلى القول أن الامتناع عبارة عن حركة قابضة دفعت لها إرادة مانعة، تنحصر وظيفتها في ربط الحركة أو السكنة بإنسان معين، وبذلك

1- عبد، مزهر جعفر: **جريمة الامتناع**، ط 1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1999. ص 66.

2- نجم، محمد صبحي: **قانون العقوبات القسم العام**. ط 1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2000. ص 198.

3- حسني، محمود نجيب: **شرح قانون العقوبات القسم العام**. ط 6. القاهرة: دار النهضة العربية. 1989. ص 286. والحديثي، فخري عبد الرزاق، والزعبي، خالد حميدي: **شرح قانون العقوبات القسم العام**. ط 1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2009. ص 88.

4 – عبد، مزهر جعفر : **مرجع سابق**. ص66.

يكون هذا السلوك تابعاً لذلك الإنسان، فتكون هذه الإرادة قابضة للأعضاء للتخلي عن القيام بالسلوك المطلوب (وهذه هي الحالة السلبية)، بدلاً من أن تكون هذه الإرادة دافعة لأعضاء الجسم للحركة والعمل خارجاً كما في الفعل الإيجابي.

ومما سبق يتبين أن السلوك السلبي هو امتناع إرادي عن القيام بحركة عضوية أو عضلية يوجب القانون القيام بها في وقت معين، ولذا فالامتناع ليس معناه العدم أو الفراغ بل معناه الكف عن العمل في مقابل العمل الذي يتمثل به الفعل[1]، وهذا خلاف ما ذهب إليه جانب آخر من الفقه إذ رأى أن الامتناع فراغ والفراغ لا يُولّد إلا فراغاً[2]، وهذا ما تتم الإشارة إليه لاحقاً.

ومن خلال تعريف فقهاء القانون الجنائي للامتناع، يُلاحظ أنهم اشترطوا وجود ثلاثة عناصر فيه، وهي:

أولاً: الإحجام عن إتيان فعل إيجابي معين.

إن الامتناع ليس مجرد موقف سلبي أو إحجاماً مجرداً، بل هو موقف سلبي بالقياس إلى موقف إيجابي معين، ومن هذا الفعل الإيجابي يستمد الامتناع كيانه، وهذا الفعل يحدده القانون بالنظر إلى ظروف معينة، يتوقع فيه المشرّع أن يقوم شخص بفعل إيجابي معين لحماية حقوق الآخرين ، إلا أن هذا الشخص لم يقم بما توقع منه الشارع [3].

ويمكن القول إن هذا العنصر لا بدّ من وجوده، إذا تحدثنا عن امتناع أدى لحدوث جريمة، فقانون العقوبات مقيّد بمبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ)، إلاّ أنه لا يشترط ذلك إذا تحدثنا عن مسؤولية مدنية، إذ أن الامتناع قد يسبب ضرراً للغير دون أن يكون الإحجام عن إتيان

1- السعيد، كامل: **شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات**. ط 1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.2002. ص 205-206.

2- السعيد، كامل: **المرجع السابق**. ص 207.

3- حسني، محمود نجيب: **مرجع سابق**. ص 277. و نجم، محمد صبحي: **مرجع سابق**. ص 198. والحديثي، فخري عبد الرزاق، والزعبي، خالد حميدي: **مرجع سابق**. ص 89.

الفعل معيناً بذاته، فإذا نتج عن الامتناع ضرر فلا بدّ من التعويض دونما حاجة للنص عليه وفقا للقواعد العامة .

ثانياً: الواجب القانوني.

إن الامتناع يستمد قوّته القانونية من الأهمية التي يسبغها القانون على الفعل الإيجابي، فليس للامتناع وجود في القانون إلا إذا كان الفعل الإيجابي مفروضاً على من امتنع عنه، وهذا الواجب القانوني، في رأي جانب من الفقه الجزائي، ليس عنصراً يقوم عليه الركن الشرعي لجريمة الامتناع، لكنه عنصر في الامتناع ذاته، إذ ليس شرطاً أن يكون هذا الواجب قد نصّ عليه قانون العقوبات، بل قد يكون مصدره التصرف القانوني كالعقد، أو الواقعة الماديّة كالفعل الضارّ، فإذا صلح هذا الواجب وفقاً لقواعد القانون أن يكون مَصدراً لنشوء الواجب القانوني[1]، عُدَّ الامتناع سبباً لقيام المسؤولية المدنية، أو المسؤولية الجزائية، إذا كان واجباً قد فرضه قانون العقوبات.

يلاحظ مما سبق أن الواجب الذي تحدث عنه فقهاء القانون الجزائي هو الواجب القانوني فقط، رغم أنه سيتضح لاحقاً أن هناك من صور الامتناع ما هو غير مسبوق بالتزام أو واجب قانوني أو إرادي، بل هو امتناع مجرّد، والواجب الذي يُعدّ عنصراً فيه هو الواجب الأخلاقي.

ثالثاً: أن يكون الامتناع إرادياً.

فالامتناع أو السلوك السلبي كالسلوك الإيجابي، لا بدّ أن يكون مصدره والمسيطر عليه الإرادة، فإذا انعدمت الإرادة، فلا يمكن أن ينسب إلى الشخص امتناع، فمن تعرّض لإكراه أو أصيب بإغماء لم يمكنه من القيام بالواجب القانوني فلا ينسب له امتناع[2].

ويمكن القول أن الصفة الإرادية للسلوك سواء أكان إيجابياً أم سلبياً تعني أن تكون الإرادة معتبرة في نظر القانون، والإرادة المعتبرة في نظر القانون هي الإرادة المميزة المختارة، الصادرة من

1- حسني، محمود نجيب: **المرجع السابق**. ص 278.

2- نجم، محمد صبحي: **مرجع سابق**. ص 199. وحسني، محمود نجيب: **المرجع السابق**، ص 280. والمجالي، نظام توفيق: **شرح قانون العقوبات القسم العام**. ط 1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1998. ص 272.

شخص أهل في نظر القانون خالياً من عوارض الأهلية، إلا أن القوانين المدنية المستمدة أحكامها من الفقه الإسلامي كالمدني الأردني أقامت المسؤولية على الضرر لا على الخطأ الذي يتطلب التمييز، وبهذا وبحسب الفقه الإسلامي يكون غير المميز ضامناً للضرر[1]، وهذا ما جاءت به المادة (256) من القانون المدني الأردني والتي نصّها "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"[2]، وعلى ذلك نصت أيضًا مجلة الأحكام العدلية في المادة (916) منها ،ولكن هذا العنصر الذي اشترطه فقهاء القانون الجنائي وهو أن يكون الامتناع إرادياً، يكون في محله إذا تحدثنا عن الامتناع بصفته جريمةً، فقد عامل قانون العقوبات الطفل الحدث الذي لم يبلغ من العمر سبع سنوات معاملة خاصة، إذ اعتبره غير قادر على ارتكاب الجريمة فأعفاه من العقاب[3]، ولا بدّ من الإشارة أن هذا الموضوع يطول شرحه لذا سنرجئ الحديث عنه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

وأخيراً، فقد ميّز فقهاء القانون الجنائي بين جريمة الامتناع أو الترك، وبين الجريمة الإيجابية التي تقع بطريقة الترك. فجريمة الامتناع لا توجد إلا إذا كان الامتناع مخالفاً لما يأمر به القانون، كامتناع الطبيب عن التبليغ عن ظهور وباء معين، وامتناع أم عن إرضاع طفلها، فيكون ركنها المادي هو الامتناع مع وجود أمر في القانون يقضي بالقيام بعمل تجاه أمر ما، أما الجريمة الإيجابية التي تقع بطريق الترك، فهي الجريمة التي لا يشترط لتوافرها وجود أمر أو فعل يفرضه القانون، بل وجود نهي وتحريم، كالنهي عن إلحاق الأذى بالآخرين، فالممتنع يتخذ موقفاً سلبياً يدع الأمور تجري في مجراها[4]، ويكون موقفه هذا سببا في إلحاق الأذى بالآخرين، رغم عدم وجود أمر يفرضه القانون على هذا الممتنع، وإنما أمر القانون مقتصر على النهي عن إلحاق الأذى بالآخرين.

1- سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**. ط 1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005. ص 311.

2- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

3- عسقلان، فضل ماهر محمد: **المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز**. دراسة مقارنة. رسالة ماجستير غير منشورة. نابلس- جامعة النجاح الوطنية. 2008. ص 60. وفيض الله، محمد فوزي:**نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**. ص212.

4- الذنون، حسن علي: **مرجع سابق**. ص 185-186. و السعيد، كامل: **مرجع سابق**. ص 207. والحلبي، محمد علي السالم عيّاد: **شرح قانون العقوبات القسم العام**. بدون طبعة. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1997. ص 232.

ويلاحظ أن قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 وفي المادة (343) قد نص على: "من سبب موت أحد عن إهمال أو قلة احتراز أو عن عدم مراعاة القوانين والأنظمة عُوقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات"، ويمكن القول أن الإهمال هو من صور الامتناع أو الخطأ السلبي، ذلك أن محكمة النقض السورية في قرارها رقم 1924 بتاريخ 1964/6/21 قد أكّدت أن "الإهمال هو الامتناع عن عمل واجب فعله"، والإهمال هو حالة الشخص الذي يرتكب الخطأ بوقوفه موقفاً سلبياً إزاء ما يستوجب الحيطة والحذر، مثال ذلك الحارس الذي يهمل مراقبة السجون فيفرون، أو الشخص الذي يترك كلبه حرّاً فيؤذي أحد المارّة، ويدخل في مفهوم الإهمال عدم الانتباه. فهذه الصور من الخطأ تتخذ مظهراً سلبياً[1].

أما فقهاء القانون المدني فكان الخطأ السلبي في نظرهم هو الذي يأخذ صورة ترك أو امتناع وهو لا يتحقق إلا حيث يدل الترك أو الامتناع عن إهمال أو عدم احتياط والعبرة في معرفة هذه الدلالة للظروف والعادات والتقاليد المحيطة بالإنسان وقت أن صدر منه الترك أو الامتناع المؤاخذ عليه[2]، فمن يترك غيره في حالة حرجة توجب الإضرار به دون أن يتدخل لإنقاذه يعتبر ممتنعاً، لذا يعد مخطئاً[3]، فالضرر الذي يصيب الإنسان قد ينجم عن فعل إيجابي، وقد ينجم كذلك عن امتناع الإنسان عن القيام بعمل، ومثال ذلك الضرر الذي يسببه الطبيب الذي يمتنع عن الذهاب إلى منزل المريض الذي استدعاه لعلاجه، فإن هذا الرفض وأن كان يمكن اعتباره من الناحية الفلسفية الجدلية عملاً ، فإنه بلا شكّ عمل سالب، فإن كان هذا العمل السالب خاطئاً قلنا أن هناك خطأً سلبيّاً[4].

1- شمس، محمود زكي: **المسؤولية التقصيرية للأطباء.** ص 99.

2- الديناصوري، عز الدين، والشواربي، عبد الحميد: **مرجع سابق.** ص 68.

3- القاضي، مختار: **أصول الالتزامات في القانون المدني.** القاهرة: دار النهضة العربية. 1967. ص 145.

4- الذنون، حسن علي: **مرجع سابق.** ص 189-190.

فالخطأ السلبي يكون بإغفال اتخاذ احتياط معين كان يجب اتخاذه عند ممارسة عمل ما، ويمكن أن يكون بالامتناع عن عمل أو لاتخاذ موقف سلبي مستقل عن أي عمل إيجابي[1]، وهو ما يسمّيه الشرّاح الموقف السلبي البحت، وفيما يتعلق بالحالة الأولى وهي إغفال اتخاذ احتياط معين عند ممارسة عمل ما، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول أنها تندرج في العمل الإيجابي وتوصف بالإهمال عند ممارسة العمل وتكون أقرب إلى الخطأ الإيجابي منه إلى الخطأ السلبي كما لو أغفل شخص إطفاء سيجارته قبل إلقائها في سلّة المهملات فتسببت في اندلاع النار في السلة وما جاورها[2].

ويلاحظ أن هذا القول غير دقيق، ذلك أن هذا الرجل الذي أهمل إطفاء سيجارته ارتكب خطأ غير عمدي، فكيف يكون خطؤه هذا أقرب إلى الخطأ الإيجابي منه إلى الخطأ السلبي، وهل يتصور أن يكون الخطأ غير العمدي خطأ إيجابياً، هذه التساؤلات ستتم الإجابة عليها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: تمييز الخطأ السلبي عن الخطأ الإيجابي:

تعود جذور التفرقة بين الخطأ السلبي والخطأ الإيجابي إلى قانون أكيليا[3] الروماني، هذا القانون الذي لم يقرر مبدأً عاماً للمسؤولية إلا أنه أوجد حالات خاصة تعطي المضرور الحق في رفع دعوى التعويض عن الأضرار التي تلحق به، وفق شروط معينة، ومن هذه الشروط أن يكون الضرر قد وقع من الجسم، وعلى الجسم، أي يجب أن يكون فعلاً إيجابياً لا مجرّد امتناع أي أن الفعل السلبي في هذا القانون لم يكن يرتب المسؤولية، فقام البريتور[4] بتعديل شروط هذا القانون فرتب المسؤولية عن الضرر الحاصل حتى لو كان نتيجة خطأ سلبي أو امتناع، ورغم ذلك بقيت

1- مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية**. ج 1. ط5. القاهرة: بدون دار نشر. 1992. ص 270-271.

2- مرقس، سليمان: **المرجع السابق**. ص 271.

3- قانون أكيليا هو أول تشريع ينبثق عن القانون الروماني يعالج حالات الاعتداء على أحوال الغير.

4 - البريتور هو الحاكم العام، الذي تشمل صلاحياته السلطات القضائية والإدارية، في عهد القانون الروماني، انظر العبودي، عباس: **تاريخ القانون**. ط1، اصدار3.عمان: دار الثقافة. 1998، ص194.

الآراء متضاربة إلى عهد جستنيان[1] الذي قرر قيام المسؤولية في حالة حدوث الضرر نتيجة امتناع[2].

وبالنسبة للقانون الكنسي[3] فقد اعتبر كلاً من الفعل الإيجابي والفعل السلبي مُرتِّباً للمسؤولية، فقد ذهب فقهاء هذا القانون إلى القول :إن من كان في قدرته دفع اعتداء عن غيره دون أن يلحقه ضرر، وامتنع، يكون مسؤولاً، كما لو كان هو من قام بالاعتداء على الغير[4].

أما الفقه الإسلامي، فقد أقام المسؤولية أو فكرة الضمان عندهم على الضرر دون الخطأ، فإذا نتج من الفعل سواءً كان خاطئاً أم لا ضرر وجب جبره وتعويضه[5]، وان الفقه الإسلامي قد حصر أسباب الضمان في ثلاث ،هي إلزام الشارع ،والالتزام بالعقد ،والإضرار.[6]

والضمان في الفقه الإسلامي ينقسم إلى نوعين أولهما ضمان العقد ويكون سبب نشوء هذا الضمان هو مخالفة شروط العقد، وهو ما يسمى بالمسؤولية العقدية ،والثاني ضمان العدوان ويكون سبب نشوئه ارتكاب فعل محرم أو ترك واجب يفضي إلى الإضرار بالغير ،وهو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار [7] .

---

[1]– جستنيان هو احد فقهاء القانون الروماني، وكان له الفضل في تجميع القانون وحفظه، انظر العبودي، عباس: **المرجع السابق**، ص186.

2– حليلو، مصطفى عبد القادر: **عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري**، رسالة ماجستير غير منشورة، عمان: الجامعة الأردنية، 1991، ص 76–77.

[3] –هذا القانون ينسب الى الكنيسة وهو مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم علاقات الافراد ومعاملاتهم والتي تخع للمصادر الكنسية المسيحية ونابعة من سلطة البابوات في حل معاملات المخاطبين باحكام القانون الكنسي في حالات عامة التطبيق او خاصة .راجع في ذلك الموقع الالكتروني www.egabat.com بتاريخ 2011/10/14 .الساعة العاشرة مساء.

4– حليلو، مصطفى عبد القادر: **المرجع السابق**، ص 77.

5– السرطاوي، علي: **محاضرات في القانون المدني المقارن**، جامعة النجاح الوطنية– كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا (القانون الخاص)، نابلس، 2009.

[6] – فيض الله ،محمد فوزي :**نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام**، ص 16.

[7] – سراج ، محمد ، **أصول الفقه الإسلامي**، ص 402.

والفعل الضار أما أن يقع على الإنسان وإما أن يقع على ما سواه من الحيوانات والأشياء ، وضمان النفس يسمى عندهم بضمان الجنايات، كالقتل أو الجرح، ويتحقق الركن المادي لهذه الجنايات بإتيان الفعل المحظور إيجاباً أو سلباً ، ومثال الفعل الايجابي إطلاق الرصاص على إنسان ، ومثال الفعل السلبي منع الإنسان طعامه ممن هو مضطر إليه وهو مستغن عنه حتى يموت المضطر جوعاً، وترك علاج الجريح حتى يهلك أيضاً .[1]

وبخصوص ضمان الأموال فيتخذ صورا عدة منها الغصب والإتلاف ووضع اليد ولا يتحقق إلا باركان ثلاثة هي الضرر، والتعدي، والإفضاء. وللتعدي أنواع ، منها ما يقسم باعتبار السلبية وعدمها إلى قسمين أولهما التعدي الايجابي كأخذ مال الغير دون إذن مالكه أو إتلافه، وثانيهما التعدي السلبي، ويتمثل بترك الحفظ أو الامتناع عن إغاثة ملهوف ونجدة الغريق ، وإطعام المضطر حتى يهلك [2].

وهذا الفعل أو الإضرار قد يقع بالمباشرة أو بالتسبب[3]، وذهب الفقهاء المسلمون إلى تصور الأضرار بالمباشرة عن طريق الامتناع، فهم لا يشترطون في المباشرة وقوعها بفعل إيجابي، فالمباشرة يمكن أن تقع بالامتناع[4].

وكذلك الحال بالنسبة للإضرار بالتسبب ، فيمكن أن يتحقق الضرر تسبباً بامتناع عن عمل [5]

ومن أمثلة ذلك أن امرأة تصرع أحياناً فتحتاج إلى حفظها ،فان لم يحفظها الزوج وضيعها ضمن.[6]

---

[1] – فيض الله ، محمد فوزي : **نظرية الضمان بالفقه الإسلامي العام** من ص 70-73 .

[2] – فيض الله ، محمد فوزي : **المرجع السابق**. ص95.

3- الإضرار بالمباشرة هو ما يكون نتيجة اتصال آلة التلف بمحله، أما الإضرار بالتسبب فهو كما جاء في المادة (888) من مجلة الأحكام العدلية أنه إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر في جري العادة. راجع في ذلك الزرقا، مصطفى أحمد: **الفعل الضار والضمان فيه**. دمشق: دار القلم. 1984. ص 74.

4- ابن قدامة، محمد عبد الله: **المغني**. ج 5. القاهرة: دار المنار. 1367هـ. ص 581.

[5] – دواس ،رنا : **المسؤولية المدنية للمتسبب** ، دراسة مقارنة . ص 17 .

[6] – فيض الله ، محمد فوزي : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام . ص 90 .

وما يؤيد ذلك القاعدة الفقهية التي تقول " أداء الواجب لا يتقيد بوصف السلامة وفعل المباح يقيد به "[1]، ومعنى ذلك أن فعل الواجب لا يكون سببا للضمان ولو أدى إلى الضرر فالقاضي يقوم بواجبه في فصل الخصومات ولا يجب عليه ضمان ما يترتب على قيامه بعمله ، أما فعل المباح يتقيد بتحري سلامة الآخرين وعدم القصد إلى إضرارهم[2]، تعقيباً على ما ورد يستنتج أن عدم فعل الواجب يعد سبباً للضمان، ومن هنا يمكن تأصيل فكرة الامتناع بالرجوع إلى أقسام الحكم الشرعي .

والحكم الشرعي عند الأصوليين يقسم إلى قسمين، الأول هو الحكم التكليفي وما يقتضي طلب الفعل أو الكف عنه ، أو التخيير بين الفعل والترك وسمي بالحكم التكليفي لأن فيه كلفة على الإنسان وهذا ظاهر فيما طلب فيه الفعل أو الترك ، والثاني هو الحكم الوضعي، وهو ما يقتضي جعل الشيء سببا لشيء آخر أو شرطاً، أو مانعا منه. [3]

والحكم التكليفي يقسم عند جمهور الأصوليين إلى أقسام خمسة هي : الوجوب ،والندب والتحريم، والمكروه، والمباح[4]، والواجب هو ما طلب الشارع فعله على سبيل الحتم واللزوم بحيث يذم تاركه ومع الذم العقاب، ويمدح فاعله ومع المدح الثواب [5].

والواجب يقسم إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة وما يعنينا هو أقسام الواجب باعتبار المطالبة بأدائه، فيقسم إلى واجب عيني وهو ما طلب الشارع فعله من كل مكلف بعينه كأركان الإسلام أما الواجب الكفائي هو الواجب الذي يسقط عن المجموع إذا قام به البعض ، فطلب الكفاية متوجب

---

[1] – سراج محمد : **أصول الفقه الإسلامي** .ص 404 .

[2] – سراج محمد : **أصول الفقه الإسلامي**.ص 404– 405 .

[3] – زيدان ، عبد الكريم : **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي** . ط 5 . بيروت : مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر . 1996 . ص 26 .

[4] – سراج محمد : **أصول الفقه الإسلامي** .ص36

[5] –– زيدان ، عبد الكريم : **مرجع سابق** . ط 5 . ص 31

على الجميع لكن إذا قام به البعض سقط عن الباقين [1].وبهذا يعتبر الامتناع من الواجبات الكفائية التي يتوجب على البعض القيام بها حتى تسقط عن الآخرين.

وبالنسبة للقانون المدني الأردني فقد نصّت المادة (256) على "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر" ومن خلال هذا النص يتبين أن موقف القانون المدني الأردني مطابق لموقف الفقه الإسلامي حيث أنه أقام المسؤولية على الضرر لا الخطأ لذا يكون الإضرار ملزماً للضمان والتعويض، سواءً أكان هذا الإضرار بفعل إيجابي أم سلبي.

وان ما عليه العمل في فلسطين، فقد نظم قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 [2] بوضوح أحكام الترك واوجب المسؤولية في حالة الامتناع فقد نص في المادة 11 منه الفقرة " أ- كل من اشترك في فعل أو ترك ارتكبه أو سيرتكبه أشخاص آخرون، أو ساعد في ارتكاب ذلك الفعل أو الترك أو أجازة، أو أشار به، أو أوعز به، أو دبره، أو أقره، يتحمل تبعة ذلك الفعل أو الترك".

وكذلك المادة 12 من ذات القانون فقد جاء فيها (1) " يتحمل المخدوم تبعة أي فعل يأتيه خادمه: إذا كان المخدوم قد أجاز ذلك الفعل أو أقره، أو إذا كان الفعل قد ارتكبه خادمه في سياق العمل الموكول إليه:

ويشترط في ذلك ما يلي:

أولاً :لا يتحمل المخدوم تبعة أي فعل يأتيه شخص لم يكن خادمه، فوض إليه خادم من خدمه أمر القيام بالعمل الموكول إليه دون تفويض صريح أو ضمني من المخدوم.

ثانياً: أن الشخص المجبر بحكم القانون على استعمال خدمات شخص آخر لا رأي له في اختياره، لا يتحمل تبعة أية مخالفة يأتيها ذلك الشخص الآخر في سياق العمل الموكول إليه.

---

[1] – الشاطبي ، الإمام أبي إسحاق : **الموافقات في أصول الشريعة** . ج 1 . ص 119 .

[2] – قانون المخالفات المدنية رقم(36) لسنة1944 ، هو قانون ساري في فلسطين سنّ في عهد المندوب السامي البريطاني في 20 كانون الاول سنة 1944.

(2) يعتبر الخادم أنه ارتكب الفعل في سياق العمل الموكول إليه، إذا كان قد أتى ذلك الفعل بصفته خادماً وخلال تأدية واجبات عمله العادي أو الواجبات المقترعة عن عمله، حتى ولو كان الفعل عبارة عن قيامه بفعل أجازه المخدوم، على غير وجهه الصحيح، أما إذا كان الخادم قد ارتكب الفعل بغية تحقيق مآربه الخاصة، لا بالنيابة عن مخدومه، فلا يعتبر أنه أتى ذلك الفعل في سياق العمل الموكول إليه.

(3) إيفاء بالغايات المقصودة من هذه المادة، يعتبر "الفعل" شاملاً "الترك."

(4) ليس في هذه المادة ما يؤثر في التبعة المترتبة على أي خادم لفعل ارتكبه ذلك الشخص.

بالنسبة لمشروع القانون المدني الفلسطيني فقد نص في المادة (179) منه على "كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه"، فهذه المادة تقرر قاعدة عامة تتمثل في أن كل من ارتكب فعلاً يصيب الغير بضرر يلزم بالتعويض، وهذه القاعدة تستند إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي وما نصت عليه المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية "لا ضرر ولا ضرار"، والمادة (20) "الضرر يُزال"، والنص يفيد الفعل بوضوح، لذلك لا يشمل عدم الفعل الذي يترتب عليه الضرر، فالنص يتناول الفعل الإيجابي دون الفعل السلبي، في حين تستوجب المسؤولية في حالة الفعل الإيجابي والفعل السلبي إذا نتج عنه ضرر، لذلك وجه الانتقاد لهذا النص من قبل جانب من لجنة الصياغة وطلبت تعديله ليصبح "كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض"[1].

ولهذا يمكن القول إن وضع معيار محدد ودقيق للتفرقة بين الخطأ السلبي و الخطأ الإيجابي هو أمر بالغ الصعوبة، فإذا كان بالإمكان القول أن الخطأ الإيجابي يقع كلما قام الإنسان بعمل ينبغي عليه أن يتحاشاه، أو هو الإخلال بالالتزام المفروض على الناس كافة باتخاذ العناية اللازمة عند القيام بسلوك معين، أو هو الإخلال بقاعدة ناهية عن عمل معين، كالقاعدة التي تَنْهي عن السرقة[2].

1- المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني. ديوان الفتوى والتشريع. 2003. ص 209.

2- الشامي، محمد حسين علي: **ركن الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي**. ط 1. القاهرة: دار النهضة العربية. 1999. ص 187.

فإن الخطأ السلبي كما ورد سابقاً هو إغفال اتخاذ احتياط معين كان يجب اتخاذه عند ممارسة عمل ما أو دون أن يكون مرتبطاً بعمل إيجابي[1]، فالخطأ إما أن يكون بإتيان فعل وهو الخطأ الإيجابي كإتلاف مال الآخرين أو إطلاق الرصاص، أو يكون بالامتناع عن القيام بعمل أو إغفال احتياط معين كان يجب اتخاذه وهو الخطأ السلبي أو خطأ الامتناع، كامتناع طبيب عن علاج مريض أو ترك المقاول حفرة حفرها دون وضع إشارة تنبه إلى وجودها[2]، لذا يمكن القول أن الامتناع يعتبر عملاً أو فعلاً، فعندما يقرر شخص بأنه لن يقوم بأي عمل ولن يتخذ غير موقف سلبي بحت، يعتبر امتناعه هذا مساوياً للعمل الإيجابي، ومعادلاً له، فإذا نتج عن هذا الموقف السلبي ضرر فإنه لا يمكن أن نفرق بين إحداث الضرر وبين ترك الضرر يحدث، متى كان بإمكان الشخص أن يحول دون حدوثه، ويمنع وقوعه[3]، وهناك أمثلة وصور يصعب فيها التمييز بين العمل وبين الامتناع، فسائق السيارة الذي يتسبب في وقوع حادث لأنه لم يضغط على الكابح في الوقت المناسب يُقال أن خطأه سلبي، وسائق السيارة الذي وضع قدمه خطأً على جهاز التسريع بدلاً من جهاز الكابح يُقال بأنه ارتكب خطأً إيجابياً، وفي الحقيقة أننا في كلتا الحالتين أمام عمل أخرق طائش أو حركة رعناء، وما الحركة إلا فعل أو عمل[4]، لهذا ذهب البعض إلى القول[5] :أن الفعل السلبي في حقيقته ينطوي على عمل إيجابي، فالممتنع عن عمل كانت إرادته في وقوع الضرر سبب امتناعه، فإن فعله هذا يُعدّ فعلاً إيجابياً، فالشخص الذي يسحب الأداة التي يمكن أن يتعلق بها الغريق، يكون فعله مساوياً لفعله إن رفض مد هذه الأداة إلى هذا الغريق ، وهو العمل الإيجابي.

1- راجع الصفحة 8 من هذه الرسالة، كذلك مرقس ، سليمان، **مرجع سابق.**

2- حرح، زهير بن زكريا: **الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني.** رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس. 1999. ص 219.

3- الذنون، علي حسن: **مرجع سابق.** ص 190.

4- الذنون، علي حسن: **المرجع السابق.** ص 190.

5- عامر، حسين، عامر، عبد الرحيم: **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**.ط2.القاهرة : دار المعارف.1979. ص 152. و فوده، عبد الحكم: **الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية دراسة تحليلية في ضوء الفقه وقضاء النقض.**الإسكندرية: دار الفكر الجامعي .1996،ص 24.

مؤدى ما تقدم أن المسؤولية تقوم على الامتناع عندما يريد المرء حدوث الضرر الذي كان يجب عليه أن يحول دون وقوعه، فسوء النيّة وقصد الإضرار يوجبان المسؤولية[1].

إن هذا القول غير دقيق ذلك أن المسؤولية سواءً أكانت بناءً على خطأ إيجابي أم سلبي لا تقوم على النوايا والمقاصد، فالفعل بحدّ ذاته سواء أكان سلبياً أم إيجابياً إذا سبب ضرراً يرتّب المسؤولية سواء أقصد الفاعل حدوث النتيجة أم لا، والدليل على ذلك أن القوانين التي استقت أحكامها من الفقه الإسلامي ومنها القانون المدني الأردني وفي المادة (256) سالفة الذكر أقامت المسؤولية على عديم التمييز لتعلق المسؤولية (الضمان) بالذّمّة المالية للشخص.

لذا يقول ابلتون[2] أن الشخص يعتبر مخطئاً كلما امتنع عن إتيان عمل كان في إمكانه أن يمنع به إحاقة الضرر بالغير دون أن يتعرض هو للخطر[3].

ومهما يكن من أمر، فقد وضع الفقه[4] معياراً مزدوجاً للتفرقة بين الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي، يعتمد فيه على فكرتين، الأولى: التلازم بين الخطأ غير العمدي والسلبية، والثانية يستدل على سلبية الخطأ من إيجابية الالتزام، وإيجابية الخطأ من سلبية الالتزام، فإذا كان الخطأ غير عمدي فيكون خطأً سلبياً، أما إذا كان الخطأ عمدياً، فيجب البحث في الالتزام الذي أُخل به، فإذا كان هذا الالتزام إيجابياً كالقيام بعمل فيكون خرقه بخطأ سلبي، وهو عدم القيام بعمل، وإذا كان الالتزام سلبياً كالامتناع عن القيام بعمل فيكون خطأه إيجابيّاً بالقيام بعمل.

وإذا طبقنا هذا المعيار على الامتناع عند ممارسة عمل ما، كالشخص الذي أهمل في إطفاء سيجارته فتسببت في نشوب حريق، فهذا الشخص لم يتعمد حدوث الضرر وإنما أهمل في

1- عامر، حسين، عامر، عبد الرحيم: **المرجع السابق.** ص 152. و فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق.** ص 24.

2 – ابلتون هو احد فقهاء القانون الفرنسي.

3- الأبراشي، حسن زكي: **مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن.** القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية. ص 247.

4- حرح، زهير بن زكريا: **مرجع سابق.** ص 220.

إطفاء السيجارة، وأن الإهمال لا يدخل في مجال التعمد فلا يعتبر خطأ هذا الشخص عمدياً وبذلك يكون خطؤه سلبياً وفقاً لهذا المعيار.

وبالنسبة لسائق السيارة الذي يرتكب حادثاً نتيجة لإغفاله في استعمال الكابح فخطأه غير عمدي وبالتالي فهو خطأ امتناع[1]، وإذا التزم شخص بامتناع عن قيام بعمل، كالامتناع عن المنافسة غير المشروعة، فيكون خرق هذا الالتزام بالقيام بالمنافسة غير المشروعة وهو عمل إيجابي، أما إذا كان التزام الشخص بالقيام بعمل فيكون مخطأ إذا امتنع عن القيام بهذا العمل وبالتالي يكون عمله أو خطؤه سلبياً.

وإذا أمعنّا النظر في المعيار المتقدم للتمييز بين الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي، لوجدناه غاية في الدقة ويمكن تطبيقه على كل ما يتصور في ذهن الشخص من أخطاء قد يقوم بها.

إلا أن موضوع الخطأ السلبي لا يقف عند هذا الحدّ، فهناك أسئلة وإشكاليات تثور إذا تمعنّا في القواعد التي تحكم الخطأ الإيجابي وما مدى انطباقها على الخطأ السلبي، لهذا سيتم الإجابة في المطلب الثاني من هذا المبحث على هذا التساؤل.

المطلب الثاني: مدى خضوع الخطأ السلبي للقواعد العامة في الخطأ:

فكرة خضوع الامتناع للقواعد العامة في الخطأ، وما مدى هذا الخضوع من الأفكار التي تساعد على حل بعض الإشكاليات المتعلقة بالامتناع، ذلك أن الامتناع له طبيعته الخاصة التي تميزه عن الخطأ الإيجابي، فهل يمكن أن يخضع الامتناع لكافة قواعد الخطأ، هذا ما سيتم توضيحه في هذا المطلب.

الفرع الأول: موقف الفقه من خضوع الخطأ السلبي لقواعد الخطأ:

تباينت آراء الفقهاء في مدى خضوع الامتناع للقواعد العامة في الخطأ، فذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الامتناع يخضع لقواعد متميزة عن القواعد العامة في الخطأ، ويستندون في

1- حرج، زهير بن زكريا: **المرجع السابق**. ص 220.

ذلك إلى دليلين أولهما دليل فلسفي عقلي أساسه ضمان الحرية الشخصية التي تعتبر مظهر الآدمية وروحها، لهذا يرون أن إلزام شخص بالقيام بعمل ليس واجباً عليه القيام به، يعتبر تناقضاً مع هذه الحرية، فالإنسان له الحرية في الركون إلى الموقف السلبي وإلزامه بالخروج من هذه الحالة مصادرة لحريته الشخصية[1]، ولقد تم الرد على هذا الدليل من قبل الأستاذ الدكتور علي الذنون بالقول أنه لم يقل أحد على الإطلاق بأن مساءلة الإنسان عن فعله الإيجابي الخاطئ مصادرة لحريته الشخصية أو افتئات عليها، فلماذا يعتبر إلزام الشخص بالعمل الإيجابي أشد خطورة على حريته من تحريم هذا العمل الإيجابي عليه؟، ويمكن اعتبار أن إلزام شخص بتقديم مركب عدة أمتار أو منعه من التراجع قليلاً لشخص يصارع الأمواج وعلى وشك الغرق، تدخلاً في حريته الشخصية على حدٍّ سواء، فما الفارق بين إلزامه بالتقدم ومنعه من التراجع، ففي كلتا الحالتين تكون قد تدخلنا في هذه الحرية، لهذا يمكن القول بأن إلزام شخص بالقيام بعمل أو إلقاء المسؤولية عليه إذا امتنع عن عمل هو قيد على حريته الشخصية، ولكن إلزام الشخص بالامتناع عن عمل من الأعمال وإلقاء المسؤولية عليه إذا هو قام به أو فعله يعتبر كذلك قيداً على حريته لا فرق بينه وبين الحالة الأولى[2].

والدليل الثاني الذي يستند عليه أصحاب هذا الرأي هو دليل قانوني فلم يرد في القانون المدني الفرنسي وخاصة المادة (1382) التي نصت على "كل فعل يحدث ضرر بالغير يلزم فاعله بالتعويض"، ما يفيد باعتبار الامتناع مساوياً للفعل، إلا أنه يمكن الرد على هذا الدليل أنه وإن لم يرد نص صريح بشأن الامتناع إلا أنه لا يوجد نص في القانون المدني الفرنسي يمنع قيام المسؤولية على أساس الامتناع[3].

فإذا نظرنا إلى المسؤولية العقدية فيمكن القول أن هذه المسؤولية ترتب على المدين فيها إما القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، فإذا لم يقم المدين بالعمل أو الالتزام المفروض عليه بموجب العقد يكون قد امتنع عن تنفيذ التزامه فيكون فعله هذا امتناعاً موجباً للمسؤولية، أما إذا كان

1- الذنون، حسن علي : **مرجع سابق.** ص 197.

2- الذنون، حسن علي : **مرجع سابق.** ص 197.

3- الذنون، حسن علي : **المرجع السابق.** ص 198.

التزامه امتناعاً عن قيامه بعمل فيكون مسؤولاً إن هو قام بالعمل الممنوع من القيام به ، ويكون سبب قيام هذه المسؤولية الفعل الإيجابي[1]، وذهب الفقه والقضاء إلى أبعد من ذلك في مجال المسؤولية العقدية وذلك حين يكون المدين ملتزماً بالإفضاء عن الصفة الخطرة للشيء المبيع، فاعتبر سكوته أو تقاعسه عن تقديم البيانات الهامة أو النصح اللازم بشأن الشيء المبيع إخلالاً سلبياً يوجب قيام المسؤولية، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حُكمها الصادر في 13 من مايو سنة 1986 بمسؤولية صانع المادة التي يفترض أنها عازلة للحرارة عن كافة الأضرار التي لحقت بالمشتري، والمتمثلة في انهيار المصنع الذي استخدم هذه المادة في إنشائه بسبب حريق نشب فيه، ساعدت هذه المادة على انتشاره بسبب قابليتها للاشتعال، وهو ما لم يشر إليه الصانع في نشرة الاستخدام المرفقة مع هذه المادة، بل ذكر على العكس أنها عازل جيد للحرارة وقابل للإطفاء[2].

أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فإنه يلاحظ أن معظم حالات الضرر في المسؤولية التقصيرية تكون نتيجة فعل إيجابي لهذا لا يستغرب من نص المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي سالفة الذكر أن تنص على أن كل فعل...

إذا نظرنا نظرة سطحية للنص يتبادر للذهن أن المقصود هو فقط الفعل الإيجابي، إلا أن التعمق في هذه النظرة يبين أن الفعل قد يتخذ شكلاً إيجابياً أو سلبياً على حدِّ السواء، وهذا ما أكدته الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي[3].

أما بالنسبة للقانون المدني المصري فيرى جانب من الفقه أن الأساس القانوني لخطأ الامتناع يكمن في نص المادة (163) من القانون المدني المصري التي نصت "كل خطأ سبب ضرراً للغير.... الخ"، فلو أراد المشرّع قصر الحُكم على الخطأ الإيجابي لنص على أن كل خطأ إيجابي سبب ضرراً للغير وبهذا ينطوي حُكم الخطأ السلبي كالخطأ الإيجابي على عموم المادة

1- الذنون، حسن : **المرجع السابق.** ص 198. وسلطان، أنور: **مرجع سابق.** ص 232.

2- سعد، حمدي أحمد: **الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي.** بدون طبعة. القاهرة: المكتب الفني للإصدارات القانونية. 1999. ص 456.

3- الدنون، حسن علي: **المرجع السابق.** ص 198.

المذكورة، والدليل على هذا التحليل هو ما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري التي اعتبرت العمل غير المشروع، أو العمل المخالف للقانون، يتناول الفعل السلبي الامتناع ،والفعل الإيجابي، وتنصرف دلالته إلى مجرد الإهمال، والفعل العمد على حدٍّ سواءً[1].

وبالنسبة لموقف الفقه الإسلامي فلا يختلف حُكم الضمان بالتعدي[2]، سواءً أكان أمراً إيجابياً كالإحراق والإغراق والإتلاف، أم أمراً سلبياً كترك حفظ الوديعة فإنه موجب للضمان فمن رأى إنساناً يسرق الوديعة وهو قادر على منعة ضمن المال لترك الحفظ الملتزم بالعقد ومن امتنع عن إطعام المضطر إليه أو عن تقديمه لسجين حتى مات كان ذلك إعانة على القتل ومسبباً للهلاك المستوجب للضمان[3].

وموقف القانون المدني الأردني لا يختلف عن موقف الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (256) مدني أردني "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، فيلاحظ من النص أن المشرّع الأردني أقام المسؤولية على الضرر لا الخطأ، والإضرار يكون إما مباشراً أو تسبباً وقد لاحظنا سابقاً في المطلب الأول أن المباشرة والتسبب يتصور فيها حالة الامتناع لهذا يمكن القول أن المشرّع الأردني جعل الامتناع موجباً للمسؤولية والضمان كما في الفعل الإيجابي.

أما بالنسبة لموقف مشروع القانون المدني الفلسطيني ومن خلال نص المادة (179) والمذكرات الإيضاحية له[4]، يلاحظ أنه يفيد قيام المسؤولية على الفعل ولا يشمل عدم الفعل الذي يترتب عليه الضرر، فالنص يتناول الفعل الإيجابي دون السلبي، وهذا مأخذ على هذه المادة من المشروع ذلك أن مثل هذا النص يؤدي إلى ضياع الحقوق وعدم تعويض المضرور نتيجة خطأ سلبي، أو امتناع، فهو ولهذا لا يقيم المسؤولية على أساس الامتناع أو الخطأ السلبي، فالمشرّع بذلك يعتبر منكراً لفكرة الامتناع، وهذا مخالف لأبسط القواعد القانونية ولا يتماشى مع الفقه الحديث.

1- الشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق.** ص 196.

[2]- التعدي هو الظلم والعدوان ومجاوزة الحق وضابطه انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد . راجع الزحيلي، وهبة: **نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي.** دراسة مقارنة. دار الفكر. ص 21.

[3] – الزحيلي، وهبة: **المرجع السابق.** ص 21.

4- المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني: **مرجع سابق.** ص 209.

ويلاحظ الباحث أنه يمكن تأييد الجانب الأكبر من الفقه الذي يرى أن الامتناع يخضع للقواعد العامة في الخطأ، هذا إذا نظرنا إلى الركن الأول من أركان الخطأ، وهو التعدي، فلا فارق بين التعدي الذي يتخذ انحراف الشخص فيه مظهراً إيجابيًا، أو مظهراً سلبياً[1]، إلا أنه إذا نظرنا إلى الركن الثاني في الخطأ وهو الإدراك فإنه لا مشكلة بالنسبة إلى القوانين[2] التي اشترطت الإدراك، أو التمييز، لقيام المسؤولية، فعديم التمييز سواءً أكان خطؤه إيجابياً أم سلبياً لن تنهض المسؤولية في مواجهته، أما بالنسبة للقوانين التي أقامت المسؤولية على عديم التمييز كالقانون المدني الأردني الذي استقى أحكامه في الفقه الإسلامي، فيلاحظ أن المادة (256) من المدني الأردني سالفة الذكر والمادة (916) من مجلة الأحكام العدلية[3] أقامت المسؤولية على عديم التمييز، وأساس ذلك أن الضمان يتعلق بالذمة المالية لعديم التمييز، فهو خطاب وضع، وليس خطاب تكليف، أي أن الضمانات مسببات ترتبت على أسبابه، فالتضمين ليس جزاء فعل وإنما هو بدل مال[4]، وهذا ما يعرف عند فقهاء الشرع الحنيف بضمان العدوان[5]، والعدوان من التعدي ،والتعدي له أشكال متنوعة، تشمل الغضب ،والإتلاف بالمباشرة أو التسبب، كما يشمل الكف أو الترك، والإهمال في رعاية من تجب رعايته، لهذا يمكن القول أن الخطأ في ضمان العدوان هو السلوك مسلكاً مخالفاً لما أمر به الشارع وأوجبه على الكافة[6]، فهل يتصور قيام مسؤولية عديم التمييز في حالة الامتناع عن القيام بعمل؟ إنه ووفقاً للقواعد العامة لمسؤولية عديم التمييز والمرتكزة على الفقه الإسلامي، فإن عديم التمييز يمكن تضمينه في حالة الامتناع طالما أن الغاية من الضمان هي جبر الضرر،

1- سلطان، أنور: **مرجع سابق.** ص 301.

2- انظر المادة (146) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه "1- يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز. 2-.....".

3- تنص المادة (916) من مجلة الأحكام العدلية على "تلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسر ولا يضمن وليه".

4- الفكهاني، حسن، جميعي، عبد الباسط، حسني، عبد المنعم، مدكور، محمد سلام، حتحوت، عادل: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني.** ج 4. القاهرة: إصدار الدار العربية للموسوعات. 2001. ص 1275.

5- ضمان العدوان: هو شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن التعدي لمخالفة القواعد الشرعية العامة القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقود. راجع عسقلان، ماهر: **مرجع سابق.** ص 126.

6- عسقلان، ماهر: **مرجع سابق.** ص 126.

إلا أن الباحث يرى عدم إمكانية تضمين عديم التمييز في حالة الامتناع، ذلك أن مسؤولية الممتنع بالأساس تقوم على تبني فكرة التضامن الاجتماعي[1]، التي تسعى إلى تحقيق التكافل، والتعاضد بين أفراد المجتمع الواحد، فهل يتصور أن عديم التميز في امتناعه عن مدّ يد العون إلى شخص في حالة حرجة سعى إلى الإخلال في هذا التضامن، وهل يتصور قدرة عديم التمييز على مساعدة أحد في حالة حرجة حتى يتصور مساءلته عن امتناعه عن تقديم المساعدة.

وخلاصة القول أن الامتناع يخضع للقواعد العامة في الخطأ وليس بحاجة لقواعد خاصة مختلفة عن القواعد العامة في الخطأ، وهذا ما أيده غالبية الفقه، وخاصة أن القواعد العامة للخطأ تتميز بالمرونة، مما يسهل على القضاء حسم المنازعات المتعلقة بالامتناع وتقرير ما إذا كان الامتناع خاطئاً أم لا.

وبعد أن عرضت موقف الفقه من فكرة خضوع الامتناع للقواعد العامة في الخطأ أرى لزاما التعرض لموقف القضاء من ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: موقف القضاء من خضوع الخطأ السلبي لقواعد الخطأ:

تباينت اجتهادات المحاكم، في بادئ الأمر، من مسألة خضوع الامتناع للقواعد العامة في الخطأ، وقد امتنعت بعض المحاكم الفرنسية من التصدي لهذا الموضوع بطريقة مباشرة، إذ كانت تستعين بفكرة التعسف في استعمال الحق للوصول من خلالها إلى الحُكم على الممتنع بالتعويض، فذهبت إلى اعتبار الامتناع إساءة استعمال الحق في اتخاذ موقف إيجابي، فهي بذلك كانت تعترف بأن الامتناع من قبيل الخطأ، لأن التعسف في استعمال الحق ليس إلا من صور الخطأ[2].

ويلاحظ الباحث أن تأسيس الامتناع على فكرة التعسف في استعمال الحق هو قول غير صحيح، كما استعانت بعض المحاكم لتبرير مسؤولية الطبيب في حالة رفضه للعلاج بفكرة المسؤولية العقدية، إلا أن ذلك يصطدم بالاعتبارات الواقعية التي تخرج هذه الحالة من نطاق العقد،

1- عبد، مزهر جعفر: **مرجع سابق.** ص 86-87.

2- الذنون، حسن علي: **مرجع سابق.** ص 207.

لذلك ذهب الأخوان مازو[1] إلى بحث هذه المسألة ضمن قواعد المسؤولية التقصيرية وقالا إن فكرة الخطأ لا بدّ من التوسع في تفسيرها لتشمل الخطأ بالامتناع والخطأ الإيجابي[2].

وبقي هذا التردد والخلاف حول مسألة خضوع الامتناع لقواعد الخطأ في أروقة المحاكم الفرنسية إلى أن قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1924/12/24 أن الامتناع لا يوجب مساءلة مدنية إلا إذا كان يوجد على عاتق الممتنع التزام بالقيام بالعمل الذي امتنع عنه، ولوحظ على محكمة النقض الفرنسية، من خلال هذا القرار، أنها اكتفت بوجود الالتزام بالقيام بعمل، ولم تصف هذا الالتزام بأنه قانوني، مما يسمح التوسع في خطأ الامتناع حتى يشمل الامتناع عما تقضي به قواعد الأخلاق[3].

ويرى الباحث أن هذا التعليق غير دقيق، فإذا تحدثنا عن الامتناع المجرد غير المسبوق بأي التزام، وهو أحد صور الامتناع التي سيأتي الباحث على شرحها، فإنه يلاحظ أن هذا الامتناع لا يقوم على خرق التزام قانوني، وإنما يمكن قيام مسؤولية هذا الممتنع بناءً على قواعد الأخلاق وما تمليه الطبيعة الإنسانية لكل إنسان يعيش في مجتمع ما.

إلا أن النقد الموجه لقرار محكمة النقض الفرنسية السابق دفعها إلى أن تصرح في حُكم لها أصدرته عام 1935 أن الامتناع لا يعتبر خطأ، ولا يكون سبباً للتعويض إلا إذا كان العمل الذي حصل الامتناع عنه موضوع التزام مدني، أي أن يكون العمل الذي حصل الامتناع عنه محل واجب قانوني سواء أكان هذا الالتزام منصوصاً عليه أم كان من الواجبات العامة التي تقابل الحقوق المقررة للأفراد والتي يعين القاضي مداها بحسب ظروف كل قضية على حِدَه[4].

ويلاحظ أن القضاء الفرنسي يخضع الامتناع للقواعد العامة في الخطأ، إذ يعتبر الامتناع خطأ يلزم فاعله بالتعويض متى كان انحرافاً عن سلوك الشخص المعتاد السوي، وهذه القواعد

---

[1] – الأخوان مازو هما من فقهاء القانون المدني الفرنسي .

2- الأبراش، حسن زكي: **مرجع سابق**. ص 247.

3- مرقس، سليمان: **مرجع سابق**. ص 276. والذنون، علي حسن: **مرجع سابق**. ص 208.

4- مرقس، سليمان: **مرجع سابق**. ص 277. والذنون، علي حسن: **مرجع سابق**. ص 208.

العامة قواعد مرنة تتيح للقاضي مراعاة قواعد العدالة والمصلحة العامة، فأخذ القضاء الفرنسي يقضي بمسؤولية الشخص الذي يمتنع عن اتخاذ ما يلزم من احتياطات لمنع ضرر قد ينتج عن حالة خطرة خلقها الإنسان والتي قد تكون مصدر ضرر بالآخرين، وبهذا قضت إحدى المحاكم الفرنسية بمسؤولية منظم سباق السيارات عن الأضرار التي تحدث للمتفرجين بمقولة: إن هناك التزاماً قانونياً يُلقى على عاتق هذا المنظم للسباق يقضي باتخاذ الاحتياطات الضرورية لمنع وقوع مثل هذه الأضرار، فإذا حدثت قامت عليه المسؤولية واعتبر خطأه مفترضاً لا حاجة بالمضرور لإثباته[1].

أما بالنسبة لموقف القضاء الأردني، فقد قررت محكمة التمييز في القرار الحقوقي رقم 90/925 صفحة 1021 سنة 1992 بأنه "يستفاد من المادة (256) مدني التي تنص على أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر بمعنى أن كل فعل يصيب الغير بضرر فإنه يستوجب التعويض والفعل إما أن يكون إيجابياً أو سلبياً....الخ"[2].

ويلاحظ أن هذا القرار ساوى بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي، بمعنى أن المسؤولية التقصيرية إذا توافر باقي أركانها، فإنه لا فرق بالنسبة للركن الأول وهو الإضرار أو الفعل أن يكون إيجابياً أو سلبياً فهو بذلك أخضعهما للأحكام نفسها.

كما قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 93/466 صفحة 301 سنة 1995 بأن "عدم اتخاذ شركة الكهرباء تدابير خاصة لأسلاك الضغط العالي المارة فوق أسطح المنازل لمنع حدوث الضرر للغير يعتبر تعدياً بالمعنى المقصود في المادة (257) مدني المشار إليها ويُرتّب مسؤولية شركة الكهرباء من الأضرار اللاحقة بالمضرور...."[3].

ويلاحظ أن هذا القرار اعتبر أن عدم اتخاذ شركة الكهرباء للتدابير الوقائية من قبيل الإهمال وما الإهمال إلا صورة من صور الامتناع الذي اعتبره تعدياً، أي أن محكمة التمييز

1- الذنون، علي حسن: **مرجع سابق**. ص 209.

2- مدغمش، جمال: **شرح القانون المدني الفعل الضار المسؤولية التقصيرية**. عمان. 2002. ص 42.

3- مدغمش، جمال: **المرجع السابق**. ص 36.

اعتبرت عدم اتخاذ احتياطات معينة مساوية لمن يرتكب فعلاً ممنوعاً من القيام به، وهي بذلك قد أخضعت الامتناع للقواعد العامة بالخطأ.

وقد اتفق القضاء المصري والأردني، إذ أخضعا الامتناع للقواعد العامة في الخطأ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "متى كان الحُكم المطعون فيه قد اعتبر عدم وجود أحد رجال الشرطة في المنطقة التي وقع فيها الحادث وفي الظروف غير العادية التي حدثت فيها، سواء أكان ذلك راجعاً إلى عدم صدور أمر إليهم بالتواجد في هذه المنطقة أم مخالفتهم لما أصدر إليهم من أوامر، واعتبر ذلك خطأ من جانب الحكومة يستوجب مسؤوليتها، فإنه لا يكون مخطئاً في استخلاص توفر ركن الخطأ[1].

المبحث الثاني: طبيعة الخطأ السلبي

يُعدّ البحث في طبيعة الخطأ السلبي أو الامتناع، ومعرفة ما إذا كان الخطأ السلبي فعّالاً في ترتيب الأثر عليه، أم لا. وفهم طبيعة الخطأ السلبي من المواضيع التي تدخل في الأساس القانوني لهذا الخطأ، ذلك أن جانباً من الفقه لم يُسلّم بفكرة مساءلة الممتنع بل رفضوا أن يكون للامتناع أي أثر يمكن أن يتولد عنه[2]، لهذا تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تناولت في المطلب الأول موقف الفقه الذي ينكر قيام المسؤولية على أساس الامتناع، وفي المطلب الثاني موقف الفقه المؤيد لقيام المسؤولية على الممتنع.

المطلب الأول: الخطأ السلبي سلوك عديم الأثر

أنكر جانب من الفقه أن يكون للامتناع (الخطأ السلبي) أي أثر في قيام المسؤولية المدنية وكذلك الجزائية، واستندوا في ذلك على مبادئ المذهب الفردي التي سادت في القرن الثامن عشر[3]،

1- الذنون، **مرجع سابق.** ص 212.

2- عبد، مزهر جعفر: **مرجع سابق.** ص 68.

3- عبد، مزهر جعفر: **المرجع السابق.** ص 68-69. و مرقس، سليمان: **مرجع سابق.** ص 272.

وهو ما سيوضحه الباحث في الفرع الأول، كما استند هذا الجانب من الفقه على أسس قانونية، وهو ما سيوضح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الأساس الفلسفي للخطأ السلبي عديم الأثر

إن الخلفية الفكرية التي استند عليها أصحاب الاتجاه الذي يرى أن الامتناع عديم الأثر، وجدت أساسها في مبادئ المذهب الفردي[1]، الذي يعتبر أن الحقوق والحريات الفردية هي امتيازات طبيعية للفرد وأن شخصية الفرد، هي محور القانون وغايته، وبذلك أنكروا وجود أي تعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، لأن السعادة المتحصلة للفرد هي في حقيقتها سعادة للمجُموع[2].

وقد أظهر أنصار المذهب الفردي تحيزاً كبيراً لهذه الحرية، حرية الشخص في أن يمتنع عن القيام بعمل، ورأوا فيها أدنى مراتب الحرية بمقابل القيود المتزايدة التي تفرضها المذاهب الاشتراكية عليها، ورفضوا فكرة أن من يمتنع عن عمل يُعدّ مخطئاً[3].

فالحقوق والحريات الفردية سابقة في وجودها على القانون، بل سابقة على وجود الجماعة ذاتها، إلا أنه إذا كانت هناك ضرورة ما تتطلب الحدّ من حرية ذلك الفرد فهذا قيد جزئي، وهو استثناء من المبدأ العام وهو الإباحة[4]، لهذا فان إلزام الشخص أو إرغامه على العمل والحركة إذا أراد الخلود إلى السكون يتنافى مع الحرية الفردية[5].

ولا يمكن لأحد إجبار من يريد البقاء في الحالة السلبية على الخروج منها، ذلك أن من أبسط مظاهر الحرية، هو الحق في عدم القيام بعمل، وهو الأساس الذي يحول دون مساءلة الفرد، لأنه لم يفعل شيئاً، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى الحد من حرية الفرد التي هي مظهر آدميته، هذا

1- عبد، مزهر جعفر: **مرجع سابق.** ص 69.

2- الدريني، فتحي: **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق.** ط 1. دمشق: مطبعة جامعة دمشق. 1967. ص 39.

3- مرقس، سليمان: **مرجع سابق.** ص 272.

4- عبد، مزهر جعفر: **المرجع السابق.** ص 70.

5- الشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق.** ص 194.

من جهة ومن جهة أخرى يؤدي لتوسيع دائرة المسؤولية ومؤاخذة كل فرد يتخذ موقفاً سلبياً، لذلك قضت المحكمة الفدرالية السويسرية بعدم وجود واجب قانوني عام بحماية الآخر من الضرر[1].

ويلاحظ، مما تقدم، أن المذهب الفردي ارتكز في الحرية على الجانب السلبي فيها وهو عدم القيام بعمل، وتجاهل الجانب الإيجابي في الحرية وهو القيام بعمل[2]، فلم يقل أحد: إن مساءلة الشخص عن فعله الإيجابي الخاطئ مصادرة لحريته الشخصية، فلماذا يعتبر إلزام الشخص بالفعل الإيجابي أشد خطورة على حريته من تحريم هذا العمل الإيجابي عليه[3]، أي أن ارتكاب شخص لفعل إيجابي ما سبب ضرراً بالغير يلزمه بالتعويض لا يعتبر مصادرة لحريته الشخصية، أما إلزام شخص بفعل إيجابي معين في حالة معينة يعتبر مصادرة لحريته والتفافاً عليها، فكيف ذلك؟

أما القول: إن اعتبار الامتناع ذو أثر فعّال لترتيب المسؤولية يؤدي لتوسيع مفهومها، فهو قول غير سديد، لان إيصال الحقوق إلى أهلها وإشاعة العدالة والطمأنينة أسمى من الحديث عن التوسع في نطاق المسؤولية[4].

وأخيراً يمكن القول: إن تأثر التشريعات في الدولة بمبادئ المذهب الفردي أو المذهب الجماعي، سينعكس بالنتيجة على إقرار قيام المسؤولية على أساس الامتناع.

1- عبد، مزهر جعفر: **مرجع سابق.** ص 71.

2- عبد، مزهر جعفر: **مرجع سابق.** ص 70.

3- راجع الصفحة 14 من هذه الرسالة، والذنون: **مرجع سابق.** ص 197.

4- في نفس المعنى: عبد، مزهر جعفر: **مرجع سابق.** ص 76.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للخطأ السلبي عديم الأثر:

في بادئ الأمر تأثر الاتجاه القائل بعدم اعتبار الامتناع خطأً تقصيرياً، بمبدأ الشرعية الذي يحكم قانون العقوبات والقاضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ[1]، وعليه فإن كل امتناع لم يرد بشأنه نص في قانون العقوبات يجرّمه، لا يضع صاحبه تحت طائلة قانون العقوبات[2].

وبتطبيق ذلك على فقه القانون المدني فإنه يلاحظ أن الامتناع إذا لم يكن مخالفاً لالتزام قانوني أو لم يكن في أثناء الفعل فإنه لا يُعدّ خطأً، ذلك أنه ومن وجهة نظر هذا الاتجاه، لا يخضع الامتناع للأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية ولا يرتّب المسؤولية إلا في حالات استثنائية، وان القول بخلاف ذلك يؤدي إلى المساس بحرية الأفراد، فالفرد يعيش داخل المجتمع مستقلاً استقلالاً أشبه بذرّات الكثبان من الرمل، فلا يضمنهم قدر مشترك ولا تربطهم أيّة صلة، وما يحدّ من هذه الحرية هو مساءلة الفرد عن الامتناع المحض، ذلك أن الواجب على أفراد المجتمع هو عدم الإضرار بالغير، وليس حماية الغير من الضرر[3].

ومن تطبيقات ذلك ما قضت به المحاكم الفرنسية في قضية (مونييه Monnnier) بعدم مسؤولية الأخ الذي ترك أخته المعتوهة وأهمل أمرها والعناية بها وتوقف عن تقديم الطعام لها حتى ماتت في حجرتها، وكانت حجتهم في ذلك أن قانون العقوبات الفرنسي لا يُعاقِب إلاّ على منع تقديم العناية أو الغذاء، والفارق بين المنع والامتناع كبير، فالمنع هو عمل إيجابي يعاقب عليه قانون العقوبات، أما الامتناع هو عمل سلبي لا يعاقب عليه القانون[4].

وكذلك قضية البارون (س) الذي كان على خلاف مع زوجته، فأخذت هذه الزوجة تدسّ له السمّ في الطعام بمعاونة ابنها، وعلى علم خادمته ومعرفتها، وعند موت الزوج وتقديم زوجته وابنها

1- حليلو، مصطفى عبد القادر: **مرجع سابق.** ص 79.

2- الذنون، علي حسن: **مرجع سابق.** ص 192. وفي نفس المعنى عامر، حسين، وعامر، عبد الرحيم: **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية.**ط 2. الإسكندرية : دار المعارف. 1979. ص 153.

3- حليلو، مصطفى عبد القادر: **مرجع سابق.** ص 79.

4- الذنون: **مرجع سباق.** ص 192. و فوده، عبد الحكم: **مرجع سابق.** ص 22. و عامر، حسين، عامر، عبد الرحيم: **مرجع سابق.** ص 153.

وخادمته للمحاكمة، رفضت هذه الأخيرة كل إجراء يتخذ ضد هذه الخادمة، كذلك رفضت المحاكم الفرنسية إدانة العامل لعدم تدخله في منع جريمة على ربّ العمل[1].

ويلاحظ في هذا الشأن أن هذا الأمر غير دقيق إذا طبق في نطاق المسؤولية المدنية، ذلك أن للقاضي المدني حرية أوسع في تعيين الواجبات القانونية، فله أن يقرّر وجود خطأ بغير أن يكون مقيداً بنصّ قانوني[2]، كما في القانون الجنائي، فإذا توافرت أركان المسؤولية المدنية استطاع القاضي المدني أن يلزم الممتنع بالتعويض حتى إن لم يكن هناك نصّ خاص بالحالة محل البحث[3].

كما أن التذرّع بأن مساءلة الممتنع فيه مساس لحريته في أقدس نواحيها، فيه إنكار للتطور العام نحو اشتراكية القانون، فالحقوق التي يتمتع بها كل إنسان لم تُعْطَ له إلا لأنه يعيش في المجتمع، ومن أجل تنظيم الحياة في المجتمع، فيجب عليه ألا يستعملها إلا في حدود الغرض الاجتماعي منها[4].

وبسبب تأثير القانون الجنائي على آراء فقهاء القانون المدني، ذهب هؤلاء في بادئ الأمر إلى أن الامتناع لا يُعدّ خطأً مدنياً إلا إذا كان مخالفاً لنص قانوني يفرض على الممتنع القيام بالعمل الذي امتنع عن القيام به، أو كان العقد الذي أبرمه يفرضه عليه القيام بعمل لم يقم به، وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه ردحا من الزمن إلا أنها فيما بعد تخلت عنه، ولم يعُد له أي سند يدعمه، وخاصةً أن التشريعات الجزائية نفسها أصبحت تنصّ على عِقاب من امتنع عن عمل معين في بعض الحالات، وبهذا لا يقبل بعد ذلك أن يكون موقف القانون المدني أكثر تحفظاً أو تردداً[5].

1- الذنون: **مرجع سابق.** ص 192. وعامر، حسين: **مرجع سابق.** ص 153. و فوده، عبد الحكيم: **مرجع سابق.** ص 22.

2- فودة، عبد الحكيم: **مرجع سابق.** ص 22.

3- في نفس المعنى: الذنون: **مرجع سابق.** ص 193.

4- الأبراشي، حسن زكي: **مرجع سابق.** ص 251.

5- الذنون، علي حسن: **مرجع سابق.** ص 193-194.

بعد سقوط حجة الفقهاء الذين تذرعوا بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، لعدم قيام مسؤولية الممتنع، ذهب جانب من الفقه إلى التذرع بفكرة انعدام رابطة السببية بين الضرر الحاصل والامتناع متى يتسنى الحديث عن مسؤولية الممتنع، فلا مسؤولية على المار الذي امتنع عن إطفاء عود من الثقاب، ألقاه آخر قرب كومة من الحطب[1].

ولقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاتجاه في قرارها الصادر بتاريخ 1994/12/24، الذي جاء فيه "إذا كان كل إنسان مسؤولاً عن إهماله، فإن الامتناع لا يرتّب المسؤولية إلا إذا وجد نص قانوني، يلزم القيام بالعمل الذي امتنع عنه"[2].

فالاستناد لهذه الفكرة يعني أنه لا توجد علاقة بين الضرر الذي أصاب أحدًا وامتناع آخر عن دفع هذا الضرر عنه، فالضرر ما كان ليحصل لو أن الإضرار لم يوقعه أحد الأشخاص على الآخر، ولا علاقة للممتنع عن حدوث هذه النتيجة، إذا لم يخرج من حالة السكون إلى الحركة، فلا يعتبر الامتناع بحد ذاته مسبباً للضرر.

وعلى الرغم من ذلك يسلم أصحاب هذا الاتجاه بأن الامتناع، وفي حالات قليلة نادرة، قد يكون هو السبب في وقوع الضرر، كسائق السيارة الذي لا يستعمل جهاز التنبيه، فيتسبب امتناعه هذا في وقوع حادث إلا أنه في أغلب الحالات لا يكون الامتناع هو السبب المباشر في وقوع الضرر، فالشخص الذي يشاهد جريمة على وشك الوقوع، ويلتزم الصمت، ولو تحرك أو أظهر نفسه للجناة، لمنع وقوع الجريمة، لا يعتبر امتناعه هذا السبب في وقوع الجريمة، فالضرر حصل نتيجة فعل الجُناة، ورابطة السببية منعدمة بين هذا الامتناع، والضرر الذي أصاب الضحية[3].

إلا أن غالبية الفقه لم يسلم بفكرة انعدام رابطة السببية بصفتها أساساً للقول أن الامتناع لا يقوى على حمل المسؤولية، فالضرر ينشأ من عدة أسباب من بينها الامتناع، فإذا قامت رابطة السببية بين هذا الامتناع والضرر، فإن ذلك يكفي لقيام المسؤولية، حتى لو كان هناك أسباب أخرى

1- فودة، عبد الحكيم: **مرجع سابق**. ص 22. وعامر، حسين، عامر، عبد الرحيم: **مرجع سابق**. ص 153.

2- أشار إليه حليلو، عبد القادر: **مرجع سابق**. ص 80.

3- الذنون، علي حسن: **مرجع سابق**. ص 195.

كحدوث الضرر، ففي المثال السابق لم يكن ليتحقق الضرر لو أن القاتل لم يضرب القتيل، لكن هذا الضرر لم يكن ليتحقق، لو أن ذلك الذي شاهده الجناة أظهر نفسه في الوقت المناسب، فللضرر أسباب متعددة من بينها الامتناع، أو الموقف السلبي، الذي يتخذه الشخص إزاء موقف معين[1]. وهذا الاتجاه أيّدته محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر بتاريخ 1955/5/18 والذي جاء فيه "إن الامتناع قد يكون خطأ تنهض معه المسؤولية متى كان إخلالاً بواجب يلزم صاحبه بعمل من الأعمال، وأن هذا الخطأ لا يمكن اعتباره منبت الصلة أو مقطوع الارتباط بالضرر الحادث، إذا كان من شأن الاحتياطات التي لم تتخذ أن تمنع وقوع الضرر لو قام الممتنع باتخاذها في الوقت المناسب"[2].

وبهذا يلاحظ أن الحجج التي ساقها الفقه الذي اعتبر أن الامتناع لا يصلح لقيام المسؤولية، هي حجج تم تفنيدها، ولا تقوى على دعم وجهة النظر هذه.

المطلب الثاني: الخطأ السلبي سلوك ذو أثر.

رأى الفقه الذي دحض أسانيد من اعتبر الامتناع سلوكاً غير فعّال لقيام المسؤولية، في الامتناع أنه سلوك يؤثر في مراكز الأشخاص ويؤدي لقيام المسؤولية المدنية، وقد استند على أسس فلسفية وقانونية، وهي ما سيتم طرحها في الفرع الأول و الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: الأساس الفلسفي للخطأ السلبي ذو الأثر.

إن هذا الأساس مشبع بمبادئ المذهب الجماعي، الذي يقوم على التضامن بين أفراد المجتمع باعتبارهم أعضاء فيه، يجب عليهم التدخل لمنع الضرر عن الغير ولو لم يكن ما يلزمهم بذلك قانوناً[3].

1- الذنون، علي حسن: **مرجع سابق**. ص 196. و فودة، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص 23. وعامر، حسين، وعامر، عبد الرحيم: **مرجع سابق**. ص 154.

2- الذنون، علي حسن: **المرجع السابق**. ص 196.

3- حليلو، مصطفى عبد القادر: **مرجع سابق**. ص 80.

فالتضامن الاجتماعي لا ينهض إلا من خلال إيمان الفرد بأن الواجب القانوني الملقى عليه و ليس فقط الامتناع عن الإضرار بهم، وإنما يمتد إلى مساعدة الآخرين وتقدم المعونة لهم[1]، فالمذهب الجماعي ينظر لمصلحة الجماعة أولاً، والتي من خلالها تتحقق مصلحة الفرد.

ولا يمكن اعتبار واجب الفرد في مساعدة الآخرين انتقاصاً من حريته، بقدر ما هو ثمن يجب أن يدفعه كل فرد، مقابل كونه عضواً في المجتمع، والقول بعكس ذلك أي أن الواجب الملقى على الفرد تجاه الجماعة فيه انتقاص من حريته، فإن ترتيب المسؤولية على الفرد عند قيامه بفعل إيجابي هو انتقاص من حريته أيضاً[2].

ويمكن اعتبار واجب الفرد في مساعدة الآخرين من ضمن الواجبات التي هي من مستلزمات العيش داخل المتجمع[3]، وقد ذهب الخطيب الروماني الشهير شيشرون إلى القول: "إن هناك نوعين من الظلم أو الإجحاف، أولهما ذلك الذي توقعه بالآخرين، وثانيهما ذلك الظلم الذي تتركه يحل بهم"[4].

لذا فالمسؤولية، كما تنهض بالفعل الإيجابي، وما يوقعه ذلك الشخص على غيره، فإن المسؤولية تقوم كذلك بالفعل السلبي، أو ما يتركه الشخص يحل بغيره من ضرر، ولا يمنعه رغم مقدرته، فيعتبر آثماً ومسؤولاً عن هذا الضرر.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للخطأ السلبي ذو أثر.

إن الفقه الذي يرى في الامتناع الفاعلية والقدرة لقيام المسؤولية لم ينقد الأسس القانونية التي استند عليها الفقه الذي اعتبر أن الامتناع غير فعال لقيام المسؤولية، وغير ذي أثر فقط، كما لاحظنا سابقاً، ولكنهم ساقوا الحجج التي تؤيد وجهة نظرهم في قدرة الامتناع على ترتيب المسؤولية.

1- عبد، مزهر جعفر: **مرجع سابق.** ص 87.

2- حليلو، مصطفى عبد القادر: **مرجع سابق.** ص 80.

3- **المرجع السابق.** ص 81.

4- الذنون: **مرجع سابق.** ص 199.

فذهب جانب من الفقه إلى القول: إن مسؤولية الممتنع تنهض إذا كان امتناعه بسوء نية، أي أن الممتنع يريد حدوث الضرر بالمضرور، فسوء النية، وقصد الإضرار، يوجبان المسؤولية، وكان سندهم في ذلك نظرية إساءة استعمال الحق، فمن يمتنع عن إنقاذ غريق، لأنه يريد موته وعدم إغاثته يُعدّ ممتنعاً سيئ النية، ومتعمداً تقوم مسؤوليته تجاه المضرور، ويلاحظ على هذا الاتجاه أن سوء النية وقصد الإضرار مسألتان يصعب إثباتهما، كما أن مسألة قيام المسؤولية على الممتنع لا فرق فيها بين الامتناع المتعمد، أو غير المتعمد[1].

وذهب جانب آخر من الفقه إلى قيام مسؤولية الممتنع إذا كان امتناعه مخالفاً لما تقضي به قواعد الأخلاق وما يجب أن يكون عليه الشخص المخلص[2]، ويلاحظ بهذا الشأن أن الالتزامات تخرج من منطقة الأخلاق، لتدخل في منطقة القانون، فلا يتصور قيام المسؤولية المدنية بناءً على مخالفة قاعدة أخلاقية، وإنما يلزم لقيام المسؤولية مخالفة قاعدة قانونية، وهنا يجب ألاَ نقصر النظر على أن مخالفة القاعدة القانونية هي مخالفة نص قانوني، فالقاعدة القانونية ليست فقط المكتوبة على شكل تشريع، وإنما قد يكون مصدر القاعدة القانونية العرف، أو مبادئ الشريعة الإسلامية، أو قواعد العدل والإنصاف، ولهذا، فإنه إذا حصل ضرر ما لشخص، وكان سبب الضرر امتناع آخر عن قيام بعمل معين، إذ لو قام به الممتنع لما وقع الضرر، أمكن قيام المسؤولية، إذا طبقنا مبادئها، دون وجود نص صريح على الواقعة التي امتنع عن القيام بها الممتنع.

واتجه فريق آخر من الفقه في تأسيس مسؤولية الممتنع على معيار الخطأ ذاته، ذلك أنه لا بدّ من قياس سلوك الممتنع بسلوك الرجل العادي، و بالظروف نفسها التي أحيط بها الممتنع، فإذا تنافى سلوك الممتنع مع سلوك الرجل العادي عُدَّ امتناعه فعالاً لقيام المسؤولية ومرتباً لها[3].

1- فودة، عبد الحكيم: **مرجع سابق**. ص 24. و حليلو، مصطفى عبد القادر: **مرجع سابق**. ص 82. و مرقس، سليمان: **المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية**. 1971. ص 266.

2- حليلو، مصطفى عبد القادر: **المرجع السابق**. ص 82.

3- حمزة، محمود جلال: **العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام**. 1985. ص 69. والشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق**. ص 195. وحليلو، مصطفى: **مرجع سابق**. ص 82.

وبما أن الخطأ له صورتان، هما الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي فإنه يلاحظ أن هذا الاتجاه الفقهي قد أخضع صورتي الخطأ لذات المعيار، فطالما أن الخطأ الإيجابي لا ينحصر في مخالفة النصوص القانونية، فقد يتحقق عند مخالفة واجب قانوني غير منصوص عليه، ما دام يمكن تعيين هذا الواجب ومداه بالرجوع إلى معيار الرجل العادي، فإنه لا مجال للتفرقة في ذلك بين الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي، ويمكن اعتبار الامتناع خطأ مدنياً عند مخالفة واجب قانوني، ولو لم يكن منصوصاً عليه، بل يمكن تعيينه بموجب معيار الرجل العادي[1].

ويرى الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي أن المسؤولية تتحقق في حالة الامتناع المحض، لأنه يقع على الشخص واجب إضافي، وهو واجب المساعدة، وهذا الواجب هو الذي يربط الممتنع بمسرح الحادث، ويعين له دوراً محدداً، وبغيره لا يعدو الممتنع أن يكون مجرد متفرج[2].

أما بالنسبة لفقهاء القانون الجزائي فلم يسلموا بفكرة أن الامتناع عدم، والعدم لا ينتج إلا العدم، ذلك أن ضابط العدم هو استحالة ترتيب حدث ما، وبما أن الامتناع قد ينتج ويترتب عنه حدث أو أثر، فإن مقولة أن الامتناع عدم، والعدم لا ينتج عنه شيء تصبح غير صحيحة[3]، ولا يجوز التمسك بها للتذرع بأن الامتناع ليس ذا أثر.

1- مرقس، سليمان: **المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية.** 1971. ص 265.

2- الخليلي،حبيب إبراهيم: **مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي**.القاهرة:المطبعة العالمية.1967.ص130.

3- عبد، مزهر جعفر: **مرجع سابق.** ص 92.

الفصل الثاني

صُوَر الخَطأ السّلبي وتطبيقاته

إن الامتناع المؤدّي إلى قيام المسؤولية المدنية يمكن أن يحدث في عدة صُور، فقد يأخذ صورة امتناع مسبوق بالتزام، أو صورة امتناع مجرد غير مسبوق في التزام، هذا إذا نظرنا إلى الامتناع من حيث السلوك، أما إذا نظرنا للامتناع من حيث العمْد، فيمكن أن يكون الامتناع عمدياً، أو غير عمدي. إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه: هل يمكن مساءلة الممتنع في كل صور الامتناع أم أن هناك حالات لا يساءل فيها المُمتَنِع؟

حتى تكتمل الصورة في فهم الخطأ السلبي (الامتناع) لا بدّ من الحديث عن أبرز تطبيقات فكرة الامتناع، وهي مسؤولية الممتنع عن عمل قانوني، وعمل مادي، ومسؤولية الممتنع عن التعاقد، والممتنع عن مساعدة الآخرين.

في هذا الفصل سيتم الإجابة على السؤال التالي: ما هي صور الخطأ السلبي (الامتناع) وهل جميع صور الامتناع تُعدّ سبباً للضمان، وما هي أبرز تطبيقاته؟

المبحث الأول : صُور الخطأ السلبي

من خلال هذا المبحث سيتم توضيح صُور الامتناع من حيث كون الامتناع مسبوقاً بالتزام قانوني، أو إرادي، أو غير مسبوق بالتزام، وموقف الفقه الإسلامي من كل صورة على حدى، وذلك من خلال مطلبين: الأول أتناول فيه الامتناع المسبوق بالتزام وموقف الفقه الإسلامي منه، والثاني أوضّح فيه الامتناع المجرد وموقف الفقه الإسلامي منه.

المطلب الأول: الخطأ السلبي المسبوق في التزام:

إن الخطأ السلبي (الامتناع) قد يأخذ صورة امتناع مُخالف لواجب قانوني، أو واجب فرضته الإرادة، وقد يأخذ صورة امتناع غير مسبوق بالتزام (مجرد)، وقد اختلف الفقه في مسألة

تضمين الممتنع باختلاف الصورة التي وقع فيها الامتناع، لهذا لا بُدّ من شرح صورة الامتناع المسبوق بالتزام في الفرع الأول، وبيان موقف الفقه الإسلامي منها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ السلبي المسبوق بالتزام:

الامتناع المسبوق بالتزام هو الامتناع المخالف لواجب قد يفرضه القانون أو الإرادة، وهذا الواجب، بالتأكيد، سابق على وقوع الامتناع. والسؤال الذي يُثار هُنا هو هل يمكن اعتبار مخالفة أصول المهنة من قبيل مخالفة الواجب القانوني السابق للامتناع؟ لقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك، واعتبر مخالفة نص لائحي، أو واجب تفرضه أصول المهنة من قبيل مخالفة الواجب القانوني، فيتوافر الخطأ بالامتناع عند كتابة مؤرخ لتاريخ اللاسلكي ولا يذكر اسم مكتشفه، كذلك الجريدة التي تمتنع عن ذكر اسم محامٍ عند كتابة تقرير عمّا يدور في جلسة هو طرف فيها[1]، كذلك يمكن اعتبار الكاتب الذي يتجاهل الإشارة إلى مرجع معين استخدمه في كتابة بحثه من قبيل الامتناع المستوجب قيام المسؤولية.

ومهما يكن الأمر، فإنه لا خلاف بين الفقه[2] على مساءلة الشخص الذي يمتنع، ويكون امتناعه مسبوقاً بالتزام قانوني أو اتّفاقي، ومن أمثلة الامتناع المسبوق بالالتزام القانوني، العسكري الذي يمتنع عن قبض أحد المجرمين فيقتل شخصاً آخر، والطبيب الذي يعمل في مشفىً حكومي ويمتنع عن علاج أحد المرضى الذي دخل المشفى، ومن أمثلة الامتناع المسبوق بالتزام اتفاقي، المنقذ الذي يعمل في مسبح، ويرى أحد الزّوار يغرق ويمتنع عن إنقاذه، والمرأة التي تعهدت لمشفى بأن تُرضِع طفلاً لقاء أجر معين، ثم تترك الطفل يموت جوعاً، وتدخل صورة الامتناع المسبوق بواجب اتفاقي في نطاق المسؤولية العقدية، وهذا أمر بدهي لوجود العقد.

1- الأهواني، حاسم الدين كامل: **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام.** ط 2. 1995. ص 547.

2- القاضي، مختار: **مرجع سابق.** ص 145.والشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق.** ص 1932. و الجبوري، ياسين: **النظرية العامة للالتزامات.** ص 513. ومرسي، محمد كامل: **شرح القانون المدني الجديد الالتزامات.**ج 2. القاهرة. 1955. ص 85. وحمزة، محمود جلال: **مرجع سابق.** ص 69.

وهناك صورة أخرى للامتناع، يتفق الفقهاء على أنها ترتب المسؤولية كما في الامتناع المسبوق بالتزام، وهي صورة الامتناع في أثناء الفعل[1]، أو كما يسمّيها بعض الفقهاء الامتناع الملابس[2]، كالشخص الذي يحفر حفرة في الطريق العام، وقصَّر في وضع إشارات تنبه للحفرة فسقط فيها آخر، وسائق السيارة الذي يمتنع عن تهدئة السرعة في الأماكن المزدحمة، أو يمتنع عن إضاءة مصابيح السيارة في الليل، فيكون امتناع الشخص قد لابَس قيامه بنشاط إيجابي معيّن، فيدخل الامتناع ضمن نشاط مرتبط بالفعل[3].

وهذا الامتناع من قبيل الإهمال والتقصير في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضّرر، وهذه الاحتياطات يجب القيام بها قبل القيام بالنشاط الإيجابي، أو في أثنائه أو بعد القيام به[4]. فهو موقف سلبي مرتبط بنشاط الممتنع.

ومن تطبيقات القضاء على هذه الصورة من صور الامتناع، أن محكمة النقض الفرنسية أقرت حُكم محكمة استئناف أميان بتاريخ 1937/5/29 الذي رتّب مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي لحقت بتاجر أدوات إلكترونية جرّاء استعمال الطبيب لأجهزة تُحدِث تشويشاً، أضرّ بتجارة التاجر، وأدّى لتوقف أحد فروعه عن العمل، لأنّ الطبيب امتنع عن اتِّخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الأضرار بالتاجر، وكان ذلك مُمْكناً بتركيب جهاز لا يكلّف الطبيب كثيراً حتى يتفادى الضرر، فاعتبرت المحكمة هذا الامتناع موجباً للمسؤولية، لكونه مُساوياً للفعل الإيجابي، كما قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1963/1/18 اعتبار مالك المبنى الذي يهمل في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع سقوط الثلوج من مبناه على المارّة أو التّقليل من قوتها، أو تنبيه المارّة إلى خطرها، مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالآخرين[5].

1- حليلو، مصطفى عبد القادر: **مرجع سابق.** ص 77.والشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق.** ص 200.

2- العدوي، جلال علي: **مرجع سابق.** ص 351.

3- العدوي ،جلال علي :**المرجع السابق.** ص 351.

4- حليلو، مصطفى عبد القادر: **مرجع سابق.** ص 77.و العدوي، جلال علي: **مرجع سابق.** ص 351.

5- حليلو، مصطفى عبد القادر: **مرجع سابق.** ص 78.

الفرع الثاني : موقف الفقه الإسلامي من الخطأ السلبي المسبوق بالتزام .

بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من الممتنع عن القيام بواجب يفرضه الشّارع أو الإرادة، فإنه لا خلاف بين أئمة الفقه الإسلامي ، على اختلاف مذاهبهم، بأن صورة الامتناع هذه موجبة للضمان[1]، فمالك الحمار الذي يرى حماره يأكل زرع جاره، ولم يمنعه يلزم بالضمان، لأن الشّرع أو القانون يلزمه بالعمل على كفّ أذى حيوانه على الآخرين، كذلك الإهمال في شدّ حُمولة دابة وإحكامها، وهذا الإهمال سبب وقوع شيء من حمولتها على إنسان فقتله، يوجب عليه الضمان لأنّه متعدٍّ في هذا التسبّب[2].

المطلب الثاني: الخطأ السلبي المجرّد:

في هذا المطلب سأبين ماهية الامتناع المجرد في الفرع الأول ، وموقف الفقه الإسلامي من تضمين الممتنع في الامتناع المجرد، في الفرع الثاني.

الفرع الأول : مفهوم الخطأ السلبي المجرد.

الامتناع المجرّد هو الامتناع عن القيام بفعل، أو عمل إيجابي، لا يأمر الشارع القيام به ولم تفرضه الإرادة[3]، ولم يقع أثناء القيام بفعل، أي أن الامتناع مستقل عن العمل الإيجابي[4].

ويلاحظ أن هذه الصورة من صور الامتناع لا يكون فيها الممتنع ملْزَماً سابقاً بالقيام بفعل، وبالعودة إلى تعريف الأستاذ بلانيول للخطأ، فقد عرفه على أنّه إخلال بالتزام سابق، وعليه فإذا ما سلّمنا بتعريف الأستاذ بلانيول للخطأ فإنه لا يمكن اعتبار الامتناع المجرّد خطأ؟

1- الذنون، حسن علي: **مرجع سابق**. ص 186. والشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق**. ص 200. و سراج، محمد: **أصول الفقه الإسلامي**. الإسكندرية : منشأة المعارف . 1998. ص 95-96.

2- الذنون، كذلك الشامي: **مرجع سابق**.

3- الذنون: **مرجع سابق**. ص 187.

4- مرقس، سليمان: **مرجع سابق**. ص 271.

وقد تضاربت آراء الفقهاء حول اعتبار الامتناع المجرّد مرتباً للمسؤولية أم لا[1]. فذهب جانب من الفقه إلى نفي مسؤولية هذا الممتنع[2]، ذلك أنه حيث لا يوجد التزام قانوني أو اتفاقي فرضته الإرادة لا توجد مسؤولية عن الامتناع المجرّد[3]، فالنصوص القانونية المُنشئَة للالتزام هي مصدرها الوحيد، فعندما لا يتدخل القانون لغرض التزام على الشخص يقضي بمساعدة الغير، فلا مسؤولية، لأن الإنسان مُلزم بالامتناع عن إيقاع الأذى بالناس وليس ملزماً بمنع وقوع الأذى عليهم[4].

ويلاحظ على مقولة: إن النصوص القانونية هي وحدها المُنشئَة للالتزامات، أنها مقولة غير دقيقة، ذلك أنه لو كان صحيحاً لما كان للقانون مصادر احتياطية كالعُرف، ومبادئ الفقه، وقواعد العدالة والإنصاف[5].

فالواجب الإيجابي بالتدخل قد يفرضه النص أو العقل، عندما يبلغ الأمر حدّاً يفضل معه أن يقرر القاضي واجباً قانونياً بالتّدخل لمنع الضرر عن الآخرين، وهذه الفلسفة هي ذاتها التي تجعلنا نعتدّ بالضرورة للتخفيف أو الإعفاء من المسؤولية، ويمكن الاعتداد بها لغرض واجب التدخّل لدفع الضرر عن الغير، فإذا ما امتنع الشخص عن التدخل، إذا توافرت شروط حالة الضرورة ولم يكن في تدخّله خطر عليه، قامت مسؤولية هذا الممتنع[6].

فالزوج الذي يرى زوجته، أو الشقيق الذي يرى شقيقته تتناول السمّ، ولم يتدخّل، أو يُبادِر لإسعافها وعلاجها، يكون مسئولاً عن سكوته، لأن الزوج، أو الشقيق مكلف قانوناً بحماية من هُم تحت رعايته، رغم أنه لا يوجد نصّ يأمر بذلك، وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا

1- العدوي، جلال علي: **مرجع سابق**. ص 351. و الشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق**. ص 194. وحليلو، مصطفى عبد القادر: **مرجع سابق**. ص 77.

2- القاضي، مختار: **مرجع سابق**. ص 145. والشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق**. ص 194. و العدوي، جلال علي: **مرجع سابق**. ص 351. و حمزة، محمود جلال: **مرجع سابق**. ص 69.

3- القاضي، مختار: **مرجع سابق**. ص 145. والجبوري، ياسين: **مرجع سابق**. ص 514.

4- الشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق**. ص 194.

5- في نفس المعنى: العدوي، جلال: **مرجع سابق**. ص 353.

6- العدوي، جلال علي: **مرجع سابق**. ص 353.

أصيبت خادمة صغيرة بحروق أثناء إقامتهما في خدمة، سيدها ولم يقُم السيّد بعلاجها كان السيد مسؤولاً عن ذلك[1].

وقد تذرّع أصحاب الاتجاه القائل بعدم اعتبار الامتناع المحض أو المجرّد مُرتِّباً للمسؤولية، بقاعدة الشرعية الموجودة في قانون العقوبات، والقاضية بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ، وكذلك تذرّعوا بانعدام رابطة السببية بين الامتناع المجرّد والضرر الحاصل، وقد تمت الإشارة إلى هذه الأسانيد في الفصل الأوّل من هذه الرسالة.

وذهب جانب آخر من الفقه إلى ترتيب المسؤولية على الامتناع المجرّد، ذلك أنه عندما يكون الامتناع مخالفاً لقواعد الحياة الأساسية داخل المجتمع[2]، فإنه يكون مخطئاً، فمن يرى شخصاً آخر يغرق، وكان في وُسعِهِ أن ينقذه، ولم يفعل، يكون قد خالف، ليس فقط قواعد الحياة الأساسيّة وإنما خالف قواعد الإنسانيّة.

والقول بخلاف ذلك يجعل من الإنسان أشبه بالشيء[3]، والأشياء تتخذ السكون حالة لها، فإذا قلنا: إن وقوف الشخص موقف المتفرج، أو خلوده إلى السكون، لا يمكن اعتباره خطأً، فإنه لا فرق بين الإنسان والجمادات.

وقد ذهب الفقه (Paul Appleton) إلى القول أنه إذا لم يكُن بالإمكان اعتبار الشجاعة التزاماً، فإن الجُبن، واللامُبالاة، وعدم الاكتراث، لا يمكن اعتبارها حقّاً[4].

وذهب الإخوة مازو وأيدهم غالبية الفقه، إلى وُجوب قياس سلوك الممتنع بسلوك الرجل العادي مُحاطاً بنفس الظروف الخارجية التي وُجد فيها الممتنع، فإذا توافق سلوك الممتنع مع سلوك الرجل العادي، عندئذٍ لا يعتبر هذا الامتناع خطأً موجباً للمسؤولية، أما إذا تنافى سلوك الممتنع مع

1- القاضي، مختار: **مرجع سابق.** ص 145.

2- حليلو، مصطفى عبد القادر: **مرجع سابق.** ص 82.

3- حليلو، مصطفى عبد القادر: **مرجع سابق.** ص 82.

4- حليلو: **المرجع السابق.** ص 81.

سلوك الرجل العادي، فثم خطأ في امتناعه، يوجب المسؤولية، حتى إن لم يُوجدَ نص يأمر بذلك، وطالما أن تدخُّل الممتنع لا يعرضه للخطر[1].

فمن يمتنع عن إنقاذ غريق، كان في إمكانه إنقاذه دون أن يُعرِّض نفسه للخطر، يعتبر مسؤولاً عن امتناعه هذا، ولا يستطيع دفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت عدم إمكانية إنقاذ الفريق، أو أن إنقاذه سيعرضه لخطر محقق، وهذان الشَّرْطان لدفع هذه المسؤولية يستخلصهما القاضي من واقع الحال، بناءً على معيار الرجل العادي[2].

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الخطأ السلبي المجرد.

بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من تضمين الممتنع في الامتناع المجرد، فقد ذهب في اتجاهين، الأول، ويتزعمه الأحناف، يرى أن لا سبيل لتضمين الممتنع، وسندهم في ذلك أن مناط التضمين عندهم هو الإتلاف لا التلف، والإتلاف لا يتحقق إلا بفعل إيجابي، والممتنع في الامتناع المجرد لم يتخذ سوى موقف سلبي محض وموقفه هذا من قبيل العدم والعدم لا يكون سبباً للإتلاف، وإنما سبب الإتلاف عملاً أو واقعة كالغرق أو الحريق أو الضّرب[3].

والاتجاه الثاني الذي يتزعمه فقهاء المذهب المالكي الذين يذهبون إلى تضمين الممتنع في الامتناع المجرد، فمن وجد في شبكة صيد صيداً يمكنه تخليصه وحوزه لصاحبه، ولم يفعل بل تركه حتى مات، أو أكله حيوان مفترس، فإنه يضمن، ويكون مسؤولاً عن امتناعه عن حيازة الصيد، وتسليمه لصاحب الشبكة، كذلك الذي يمتنع عن إنْقاذ شخص من الغرق، أو الحريق، وكان في وسعه إنقاذِه، ولم يفعل، يكون أيضاً ضامناً[4].

1- مرسي، محمد كامل: **شرح القانون المدني الجديد الالتزامات**. ج 2.القاهرة: المطبعة العالمية. 1995. ص 85.
وحمزة، محمود جلال: **مرجع سابق**. ص 69. و الشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق**. ص 195. و حليلو: المرجع السابق. ص 82. و العدوي، جلال علي: **مرجع سابق**. ص 352.

2- الشامي، محمد حسين: **مرجع سابق**. ص 196.

3- الذنون، حسن علي: **مرجع سابق**. ص 187. و منصور، أمجد محمد: **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام**. عمان: دار الثقافة، 2001. ص 350. والكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. ج 2. ص 65.

4- الذنون، حسن علي: **مرجع سابق**. ص 188. والشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق**. ص 202.

واستدلّ فقهاء، هذا الاتجاه على رأيهم المتقدم، بأن صون مال المُسلم واجب، وأن من ترك وجاباً مفروضاً عليه فقد ضمن، كما أن أمير المؤمنين عمر بن الخطّاب، رضي الله عنه، قضى على أهل بيت، استسقاهم رجل، فلم يسقوه حتى مات عطشاً، بضمان ديّته[1].

ومن أدلّة هذا الجانب أيضاً، أن الله تعالى أمر بالتعاون فقال: {وَتَعاوَنُوا عَلَى البِرِّ والتَّقْوَى}[2]، ومن أسمى حالات التعاون إنقاذ نفس أو مال الغير من الخطر الذي يتهدده، كما أن الرسول، صلى الله عليه وسلم، قال: "لا يُؤمن أحدكم حتّى يُحبّ لأخيه ما يُحبّ لنفسه"[3]، وبذلك يكون قد نفى اكتمال الإيمان عمّن لا يحبّ لأخيه ما يحب لنفسه، فالإنسان لا يتردد في دفع الأذى عن نفسه وماله بكافة الوسائل والطرق، فكذلك يجب ألا يتردد عن دفع الأذى والضرر عن نفس الآخرين ومالهم ما دام يستطيع ذلك؛ لأن هذا من الإيمان المأمور به شرعاً[4].

وجاء في معين الحكّام: أن صبيًا ابن ثلاث سنين كان في حضانة أمه التي خرجت وتركته حتى وقع في النار فهي تضمنه، وجاء فيه أيضاً امْرأة كانت تُصاب أحياناً، بحالات صرع، وهي في بيت زوجها، وكانت بحاجة لمن يحفظها ويرعاها كي لا تقع في النار أو تؤذي نفسها، ولكن زوجها لم يحفظها حتى ألقت نفسها في النار عند الصرع، فعليه ضمانها[5].

وقال الإمام الدرديري في كتابه (الشرح الكبير على متن خليل): يضمن من ترك تخليص مستهلك من نفس أو مال قدر على تخليصه بقدرته أو جاهه أو ماله، فيضمن في النفس الدية وفي المال القيمة، وقال: وتخليصه واجب على مَن قَدِر عليه، ولو بدفع مال من عنده ويرجع به على ربه، حيث توقف الخلاص على دفع المال لخلاصه[6].

1- الذنون، حسن علي: **مرجع سابق**. ص 188. والشامي، محمد حسين علي: **مرجع سابق**. ص 197.

2- سورة المائدة ، الاية رقم (2) .

3- صحيح البخاري: ج 1، حيث رقم 12. ص 69.

4- الشامي، محمد حسين علي، **مرجع سابق**. ص 202-203.

5- الذنون، حسن علي: **مرجع سابق**. ص 188.

6- شلتوت ، محمد : **الإسلام عقيدة وشريعة**. ص 427-428.

ويقول الإمام الشيخ محمود شلتوت: "ويدخل في هذا الأصل مسؤوليات أجير النقل والرعي والحارس إذا قصروا في حفظ ما بأيديهم حتى تحقق التلف ويتجلى في تقرير هذه المسؤولية مقدار عناية الفقه الإسلامي بحق الإنسان على الإنسان، وإن لم يكُن بينهما التزام خاص، وإنه يوجب الحفظ والمسؤولية[1].

ويضاف إلى ما تقدّم أن فقهاء القانون الجنائي فرقوا في الامتناع بين صورة الامتناع العمدي والامتناع غير العمدي، ويعود سبب هذه التفرقة إلى أن جريمة الامتناع، كأي جريمة أخرى، بحاجة لقصد جنائي (الركن المعنوي) حتى تكتمل أركانها، وهذا ما عبروا عنه بالعنصر النفسي الذي يربط بين مادّيات الجريمة وشخص مرتكبها[2].

فطبيعة خطأ الفاعل تشكّل صفة الجريمة المرتكبة، فإذا كان الخطأ عمدياً كانت الجريمة عمديه، أما إذا كان الخطأ غير عمديّ فإن الجريمة تُعدّ غير عمديه[3]، وما يحدد طبيعة خطأ الفاعل هو الإرادة، فإذا اتجهت الإرادة الممتنعة إلى الإضرار بالغير، عدَّ الامتناع عمدياً، أما إذا لم تتجه الإرادة إلى الإضرار بهم، عدّ الامتناع غير عمديّ[4].

يُلاحظ أن هذه التفرقة بين الامتناع العمدي وغير العمدي ذات جدوى في نطاق المسؤولية الجزائية، ذلك أن الركن المعنوي في الجريمة لا بُدّ من توافره حتى يُصار لتطبيق العقوبة، أما إذا تحّدثنا عن الامتناع العمدي وغير العمدي، في نِطاق المسؤولية المدنية، فإنه يلاحظ أنه لا جدوى من التفرقة بينهما، إذا كان الإضرار بالغير سواء أكان عمدياً أو غير عمديّ يستوجب التعويض.

1- شلتوت، محمود: **المرجع السابق.** ص 428.

2- حسني، محمود نجيب: **القصد الجنائي.** ص 9.

3- عبد، مزهر جعفر: **المرجع السابق.** ص 181.

4- عبد، مزهر جعفر :**المرجع السابق.** ص 182.

وما يؤكد ذلك أن بعض القوانين المدنية، كالقانون المدني الأردني الذي استقى أحكامه من الفقه الإسلامي، قد أقام المسؤولية على عديم التّمييز[1]، ذلك أن التعويض أو جبر الضرر مرتبط بالذمة المالية، وهو ليس بعقاب.

لكن الملاحظ في هذا الصدد أنه إذا برئ شخص من جريمة امتناع لعدم توافر القصد الجنائي أو التعمد لديه، فهل هذا يعني أن المضرور لن يستطيع المطالبة بالتعويض من هذا الممتنع الذي برئ بسبب عدم تعمده الامتناع؟؟

فالصحيح ووفقا لخضوع الامتناع للقواعد العامة في الخطأ فإن هذا المضرور يستطيع الرجوع على الممتنع بدعوى مدنية لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جرّاء الامتناع، حتى لو برّأت المحكمة الجزائية الممتنع من جريمة الامتناع لعدم توافر الركن المعنوي.

المبحث الثاني : تطبيقات الخطأ السلبي

إن عرض أهم التّطبيقات وأحوال الامتناع يساعد في إكمال فهم موضوع الامتناع، ذلك أن التطبيقات والأمثلة يتّضح بها المقال، لذلك من خلال هذا المبحث سيتم توضيح مسؤولية الممتنع عن عمل قانوني، والممتنع عن التعاقد في المطلب الأول، ويُخصص المطلب الثاني لبحث مسؤولية الممتنع عن عمل مادي، والممتنع عن مساعدة الآخرين.

المطلب الأول: مسؤولية الممتنع عن عمل قانوني ومسؤولية الممتنع عن التعاقد:

يُعدّ الامتناع عن الردّ على الموجب من أهم صور الامتناع عن عمل قانوني، وهو التزام الموجب إليه بالرد على الموجب، إذ إن امتناعه عن الردّ يشكّل إخلالاً بالتزام قانوني رتّب عليه القانون أثراً، وهو ما سيوضّح في الفرْع الأوّل، أما بالنسبة للامتناع عن التّعاقد فمن أبرز صوره هو امتناع الطبيب عن التعاقد مع المريض، وهذا محلّ الدّراسة في الفرع الثاني من هذا المطلب.

---

[1] – المادة (256) من القانون المدني الاردني.

الفرع الأول: الامتناع عن الردّ على الموجب:

عندما يتلقي الموجب له الإيجاب، وقد يمتنع عن الرد ويسكت، فإما أن يكون سكوته هذا تعبيراً ضمنياً عن القبول، ويكون الامتناع في هذه الحالة قد أدّى دور التعبير عن الإرادة، ولا يتصور قيام خطأ سلبي متمثل في الامتناع، وإما أن يكون سكوته نوعا من الإهمال أو عدم الاحتياط، عندها يثور خطأ الامتناع عن الردّ على الموجب[1].

والسكوت إذا كان مجرداً من أي ظرف ملابس له، لا يمكن اعتباره بأيّ حال تعبيراً عن الإرادة، لأنّ الإرادة عمل إيجابي، والسكوت شيء سلبي يتمثل بالعدم، والأجدر أن يدلّ العدم على الرفض لا على القبول[2].

وقد نصّت مجلة الأحكام العدلية في المادة (67) على أنه (لا ينسب لساكت قول،....) أي أنه لا يقال لساكت: أنه قال: كذا[3].

كما اتجه الفقه الفرنسي إلى عدم اعتبار السكوت المجرد قبولاً، لأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى إصدار حرية الأفراد، وإرغامهم على رفض كل إيجاب يوجه إليهم، وإلا عُدّ سكوتهم قبولاً ينعقد به العقد، وهذا يؤدي إلى الإجحاف بحقهم، ويكون الموجب وبإرادته المنفردة قد فرض عليهم القبول أو الرفض[4].

وقد أيّد القضاء الفرنسي موقف الفقه، ووضع مبدأً حاصله أن سكوت الشخص مجرداً عن أي ظرف آخر لا يلزم صاحبه، فسكوت التاجر عن الرد على خِطاب أرسله مصرف إليه يعتبره مساهماً في شركة معينة وبأنه قيد في حسابه قيمة الأسهم التي احتسبها عليه، لا يعتبر قبولاً بالاكتتاب في هذه الأسهم، كما لا يُعدّ قبولاً سكوت شخص تلقى مجلة دورية من دار نشر ولو ذكر فيها أن عدم الردّ يُعدّ قبولاً للاشتراك في المجلة، ورفض القضاء الفرنسي اعتبار من يتلقى من

1- الخليلي، حبيب إبراهيم: مرجع سابق . ص 167.

2- السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مرجع سابق.** ص 221. وسلطان، أنور: **مرجع سابق.** ص 48.

3- باز، سليم رستم: **شرح المجلة.** ط 3. بيروت: دار العلم للجميع. 1998. ص 40.

4- الخليلي، حبيب إبراهيم: **مرجع سابق.** ص 170-171.

تاجر عينه في مبيعاته ويمنع عن ردها من دلالات القبول، حتى لو ذكر أن عدم ردها يُعتبر قبولاً[1].

كما ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى أن مجرد سكوت باقي الشركاء في الأرض عن الإجارة لا يكفي لاعتبارهم موافقين عليها إذ لا ينسب إلى ساكت قول[2].

وفي مصر ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى أن سكوت المحكمة عن الردّ على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكيّة في مصنعه لا يُعدّ قبولاً أو ترخيصاً[3].

أما بالنسبة للسكوت الموصوف وهو السكوت الذي يحصل عندما يفرض القانون التزاماً بالكلام، وهذه الصورة يعتبر فيها السكوت قبولاً بلا نقاش[4]، ومن أمثلة ذلك اتّفاق المؤجر مع المستأجر على أن يجدد العقد تلقائياً كل سنة، إلا إذا اعترض، أو أبدى المؤجر رغبته في عدم الاستمرار في تجديد العقد، وبهذا يكون من الواجب على المؤجر الكلام وإبداء اعتراضه على استمرار المستأجر في الانتفاع بالعقار المؤجر بعد انتهاء مدة الإيجار، فإذا امتنع المؤجر عن الاعتراض اعتبر امتناعه قبولاً لإيجاب ضمني يتجدد به عقد الإيجار[5].

وأما السكوت الملابس أو المقترن بظروف معينة فإنه يعتبر قبولاً. ومن صور هذه الظروف التي يقترن بها السكون وجود تعامل سابق بين المتعاقدين، كالتاجر الذي اعتاد إرسال بضاعة في فترات معينة لعميله الذي اعتاد بدوره على عدم ردّها، فإن هذا يُعدّ قبولاً من العميل، كما أنه من الظروف التي يقترن بها السكون أيضاً، أن يتمخض الإيجاب عن منفعة لمن وجه إليه، كعارية الاستعمال التي تعرض على المستعير فيسكت، فيُعدّ سكوته قبولاً لعقد عارية الاستعمال[6].

1- سلطان، أنور: **مرجع سابق.** ص 48. والخليلي، حبيب إبراهيم: **مرجع سابق.** ص 173.

2- تمييز حقوق رقم (77/963) منشور في مجلة نقابة المحامين الأُردنيين. ص 1087. سنة 1977.

3- السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مرجع سابق.** ص 221.

4- الخليلي، حبيب إبراهيم: **مرجع سابق.** ص 175.

5- العبيدي، علي هادي: **شرح أحكام قانون المالكين والمستأجرين في ضوء قضاء محكمة التمييز.** ط1. الإصدار الأول. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005. ص 61.

6- سلطان، أنور: **مرجع سابق.** ص 49.

وهذا ما نصّت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (67) سالفة الذكر بأن (.... السكوت في معرض الحاجة بيان)، أي أن السكوت فيما يلزم المتكلم به إقرار وبيان، فسكوت المقرّ له والمبرأ والوكيل والوديع يُعدّ قبولاً، ما لم يردوا ذلك صراحةً؛ لأنه عندئذٍ لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح[1].

مما تقدم يتضح أن حالة السكوت المجرد هي الوحيدة من بين حالات السكوت التي لا يعتبر فيها السّكوت قُبولاً، خلافا للسكوت الموصوف والمُلابس الذي يعدّ فيه السكوت قبولاً.

وتظهر أهمية بيان متى يعد السكوت قبولاً أو لا، إذا نظرنا إلى الضرر الذي يلحق بالموجب بسبب الامتناع عن الرد عليه نجده متمثلاً في عدم انعقاد العقد الذي أوجب له، لهذا اتجهت القوانين إلى اعتبار السكوت قبولاً لانعقاد العَقد على خلاف إرادة الموجب له فهذا القبول لا يعتبر تعبيراً عن الإرادة، وإنما هو تعويض للموجب عمّا لحقه من عدم انعقاد العقد، فيكون انعقاده أفضل وسيلة للتعويض[2].

ويمكن القول أنه متى يعتبر السكوت قبولاً يكون خطأ الامتناع متوافراً، والعكس صحيح.

الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب الممتنع:

التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، وليس تحقيق نتيجة، فالطبيب عندما يُمارس مهنته يجب أن يبذل قصارى جُهده لعلاج المريض، لكن واجب الطبيب هذا يبقى واجباً بعناية، وليس بغاية، فهو غير ملتزم بتحقيق النتيجة المرجوة بشفاء المريض، أو عدم موته.

فالعلاج بين الطبيب والمريض يبدأ بذهاب المريض إلى الطبيب، أو بدعوته لزيارته، أو مُعالجته، وفي هذه الأثناء، لا توجد رابطة بين الطبيب والمريض، لأنّ العقد الذي يلزم فيه رضا كل من الطرفين، لم ينشأ بعد، فهل يلزم الطبيب بتلبية دعوة المريض؟ وفي حال رفضه علاج المريض هل يترتب عليه مسؤولية؟

1- باز، سليم رستم: **مرجع سابق**. ص 40.

2- الخليلي، حبيب إبراهيم: **مرجع سابق**. ص 168.

اتّجه الفقه والقضاء الفرنسيّان قديماً في ظلّ انتشار مبادئ المذهب الفردي إلى القول: إن للطبيب كامل الحرية في ممارسة مهنته، بالطريقة التي يرتئيها، إذ له الحق في رفض دعوى مريض للعلاج، كما له الحقّ في قبولها، والقول بخلاف ذلك من شأنه أن يضع الطبيب في حالة العبودية التي تنافي مبادئ الحرية التي كانت سائدة في تلك الفترة، وبما أن علاقة الطبيب بالمريض علاقة تعاقُديّة تقوم على التراضي، فالطبيب لا يعتبر ملزماً بالعلاج، إلا بعد قبوله التعاقد مع المريض، وبناءً عليه لا يُعدّ امتناع الطبيب قبل التعاقد سبباً لقيام مسؤوليته[1].

ويعقّب الفقيه الفرنسي سافتيه على ذلك بالقول: "إن حق الإنسان في أن يتعاقد أو لا يتعاقد هو حق مطلق، فالعقد وليد تفاعلات وإرادات حُرّة، فكيف يكون الطبيب مسؤولاً إن هو رفض أن يتعاقد؟ كيف يكون رفضه سبباً للمسؤولية؟ كيف يجبر الشخص على الخروج من الحالة السلبية ليقوم بدور إيجابي؟ أليس في ذلك مساس بحريته في أقَدس نواحيها وإجباره على إبرام عقد لا يرضاه"[2].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة شاتور الفرنسية بتاريخ 1908/8/1 (بأن من حق الطبيب أن يمتنع عن إجابة دعوة المريض دون أن يتعرّض لأيّ جزاء جنائي أو مدني؛ لأن مهنة الطبيب هي مهنة حُرّة، وللطبيب مُطلق الحرية في اختيار عملائه)[3].

1- منصور، محمد حسين: **المسؤولية الطبية.** الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر. ص 34. و عابدين، عصام منير: **الأخْطاء الطبيّة بين الشريعة والقانون.** رسالة دكتوراه غير منشورة مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدّول العربية. 2005. ص 48-49.

2- عابدين، عصام منير: **المرجع سابق.** ص 49.

3- الأبراشي، حسن زكي: **مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن.** القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية. ص 241.

والملاحظ أن هذا الاتجاه في الفقه كان متأثراً بالقانون الجنائي، وبخاصة قاعدة الشرعية التي تفيد انه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ، فالامتناع المجرد في نظرهم لا يوجب المسؤولية إلا إذا وُجد نصّ، أو اتفاق يوجب العمل[1].

وقد تراجع الفقه والقضاء عن هذا التوجّه بعد أن أظهر نتائجه السلبية، خاصة في الأرياف، حيث لا يوجد أكثر من طبيب واحد في القرية، فإذا رفض هذا الأخير معالجة المريض، فإن ذلك يحرمه من عناية طبية تنقذه من الموت، لذلك دعا الفقه والقضاء إلى مُساءَلة الطبيب في هذه الحالة متى كان سبب امتناعه مجرد إساءة للآخرين. وذلك بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحقّ، ونية الإساءة يمكن أن تستنتج من ظروف الحال، كوجود المريض في منطقة نائية، أو كان المريض في حالة خطر لا يحتمل تأجيل العلاج والطبيب يعلم ذلك، ويعود سبب التحول هذا إلى ظهور الاتجاهات الحديثة في نسبية الحقوق ووظيفتها الاجتماعية التي أدت إلى تقيّد حرية الطبيب التي كانت مطلقة[2].

ويُضاف إلى ما تقدّم أن التذرُّع بعدم وجود اتفاق سابق على امتناع الطبيب وعدم وجود ما يلزمه قانوناً بالعلاج، حتّى نلقي بالمسؤولية عليه، هو قول غير سديد، ذلك أن مجرد قصر مهنة العلاج على الأطبّاء على وجه الاحتكار يجعل الالتزام قائماً[3]، حتى لو لم ينشأ العقد بعد بين الطبيب والمريض وهو ما دعا الأخَوان مازر إلى بحث هذه المسألة على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، فقالا: إن فكرة الخطأ تشمل الخطأ بالامتناع إلى جانب الخطأ الإيجابي، فالطبيب الذي يرفض زيارةِ مريض في منطقة منعزلة، وهو يعلم بأن تدخله الفوري لا بَد منه يقع تحت طائلة

1- ارتيمة، وجدان سليمان عبد الرحمن: **الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة إلى الجامعة الأردنية. 1994. ص 118. وعابدين، عصام منير: **مرجع سابق**. ص 49. وحنا، منير رياض: **المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري**. ط 1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2008. ص 307-308.

2- حنا، منير رياض: **مرجع سابق**. ص 308.و ارتيمة، وجدان سليمان عبد الرحمن: **مرجع سابق**. ص 119.و عابدين، عصام منير: **مرجع سابق**. ص 49.

3- حنا، منير رياض: **مرجع سابق**. ص 308.

المسؤولية التقصيرية؛ لأن الطبيب اليَقِظ ما كان ليسلك هذا المسلك إذا وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطَت بالطبيب المسؤول[1].

وبالنسبة للطّبيب الذي يعمل في مصلحة حكومية، أو لدى جهة حكومية كالمشفى العام، ليس له أن يرفض علاج أحد من المرضى الذين يجب عليه علاجهم، أو من يدخلون إلى الجهة التي يعمل فيها، وينطبق هذا الحُكم على الطبيب الذي يعمل في مشفى خاص تعاقد مع ربّ عمل معين لمعالجة العاملين لديه، فرفض الطبيب علاجهم، فتقوم مسؤوليته العقدية[2]؛ لأنه في هذه الحالة الأخيرة يكون العقد قد نشأ بين المشفى الخاص الذي يعمل فيه الطبيب، وبين ربّ العمل المسؤول عن عماله.

فإذا قبل الطبيب دعوة المريض لعلاجه يكون العقد قد نشأ بينهما، ويتوجب على الطبيب تنفيذ التزامه بعلاج المريض، وإلا كان مسؤولاً عن عدم تنفيذ التزامه العقدي الذي أوجبه على نفسه، ولا يستطيع دفع هذه المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، كاستحالة زيارة المريض بسبب انقطاع المواصلات مثلاً[3].

والسؤال الذي يُثار في هذا الصدد، ماذا لو تعاقد طبيب مع مريض على إجراء عملية معينة، وفي أثناء إجرائها تبيّن للطبيب أن المريض يعاني آلاماً أُخرى، غير الآلام المتفق على إجراء العملية لها، فهل يلزم الطبيب بمعالجتها على الرغم من أنها تخرج عن حدود اتفاقه مع المريض؟ وماذا لو قام بعلاجها فأدى إلى نتائج سلبية؟ وماذا لو تركها فأدّت إلى موت المريض؟

بدايةً لا بدّ من القول: إن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة، فالطبيب ملزم بموجب الاتفاق الذي عقده مع المريض بعلاج المريض، وبذل العناية اللازمة من أجل شفائه، وهذا يدخل في إطار المسؤولية العقدية، أما بالنسبة للأمراض التي اكتشفها في جسم المريض ولم تكُن داخله ضمن الاتفاق على تطبيبها، فإنه يكون ملزماً بعلاجها، وفق اتجاه الفقه

1- الأبراشي، حسن زكي: **مرجع سابق**. ص 247-248.

2- منصور، محمد حسين: **مرجع سابق**. ص 35.و ارتيمة، وجدان سليمان عبد الرحمن: **مرجع سابق**. ص 120.

3- الأبراشي، حسن زكي: **مرجع سابق**. ص 253.

الحديث، الذي يقيم المسؤولية على الطبيب الممتنع عن علاج مريض قبل وجود أي اتفاق بينهما، وتخضع مسؤوليته هذه لقواعد المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثاني: مسؤولية الممتنع عن عمل مادي ومسؤولية الممتنع عن مساعدة الآخرين:

من أبرز صور الامتناع عن عمل مادي الامتناع الذي لا يرتبط فيه الممتنع مع المضرور بأي علاقة قانونية، ومن أبرز حالاته الممتنع عن إعطاء معلومات واجب إعطاؤها في مرحلة المفاوضات السابقة على انعقاد العقد، وهو محل دراسة الفرع الأول من هذا المطلب، أما بالنسبة للممتنع عن مساعدة الآخرين، فله العديد من الصّور، وقد اخترت بحث مسؤولية الممتنع عن مساعدة أحد الخصوم بأدلة الإثبات، وهو ما سيُعرض في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: مسؤولية الممتنع عن إعطاء المعلومات الواجبة في طور التهيئة للعقد:

ينعقد العقد بارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين، بقبول الآخر، على وجه يثبت أثراً في المعقود عليه[1]، إلا أن هذا العقد وقبل أن ترتبط إرادة أطرافه، قد يمر بمرحلة تهيئة للتعاقد في طور الإنشاء تقتضي على أحد المتعاقدين إعطاء معلومات يعرفها حتى يكون الطرف الآخر على بينة مما يتعاقد عليه[2]، فإن كتم أحدهما معلومات من شأن العلم بها، صرف نظر المتعاقد الآخر عن التعاقد، عُدَّ ذلك خداعاً يرتب المسؤولية التقصيرية بحق المتعاقد الذي امتنع عن إعطاء المعلومات الواجبة في طور التهيئة للعقد[3].

وفد استند الفقه[4] في رأيهم المتقدم على نظرية الغلط[5]، فالمتعاقد الذي كان يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر وتركه مستمراً في غلطه دون أن ينبهه إلى ذلك، يكون قد وقف موقفاً سلبياً

1- المادة (87) من القانون المدني الأردني .

2- النقيب، عاطف: **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي**. ط 3. بيروت: دار منشورات عويدات. 1984. ص 238.

3- النقيب، عاطف: **المرجع السابق**. ص 238.

4- السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج 1، بيروت: دار إحياء التراث العربي. ص 310. والنقيب، عاطف: **مرجع سابق**. ص 238.

5- الغلط: هو حالة تقوم في النفس تحمل على توهم غير الواقع. راجع في ذلك السنهوري: **المرجع السابق**. ص 289.

محضاً يشكّل خطأً يُسأل عنه، وخطؤه هذا يعتبر إخلالاً بواجب إخبار المتعاقد الآخر بما يجب أن يعلمه قبل التعاقُد.

والملاحَظ أن هذا الحُكم المتقدّم لا يخرج عن تطبيق للمادة (67) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه "لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[1]، فمن يسكت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان، فإذا اشترى أحد شريكي العنان[2] أمة لنفسه وسكت الشريك الآخر، فتكون الأمة للمشتري وليس للشريكين، أما في المفاوضة فلا بدّ من النطق[3]، وعدم النطق فيما يلزم التكلم، يعتبر خطأً امتناع عن إعطاء معلومات واجبة في طور التهيئة للعقد.

ويلزم لقيام مسؤولية الممتنع عن إعطاء المعلومات الواجبة في طور التهيئة للعقد، إثبات قيام موجب الإعلام عما كان يجب بيانه للطرف الآخر، ويشترط لتحققه ألا يكون بين طرفي العقد تكافؤاً في المعلومات، أي أن أحدهما يملك معلومات لم ينقلها إلى المتعاقد الآخر، ومن شأن نقلها التأثير على رضا الأخير[4].

ويشترط أيضاً أن تكون المعلومات التي تم كتمانها جوهرية ومؤثرة في التعاقد، بحيث لو عرف بها من خفي عنه لما أبرم العقد، ويجب أيضاً ألا تستدعي ظروف العقد أو طبيعته من أحد الطرفين بأن يتنبه أو يستعلم بنفسه عن أمور جوهرية قبل انعقاد العقد[5]، ذلك أنه لو كانت ظروف التعاقد تستلزم التأكد من معلومات جوهرية والعِلم بها، وقصر العاقد في معرفتها وادّعى بأنه لم يعلمها، يكون قد قصّر بحق نفسه، والمُقصِّر أولى بالخسارة.

ومن أمثلة ما تقدّم الامتناع عن الإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع وذلك بسكوت البائع عن تقديم معلومات هامة متعلقة بالشيء المبيع قد تتعلق باختيار الشيء الملائم للمشتري أو

1- المادة (67) من مجلة الأحكام العدلية.

6- شركة العنان هي الشركة التي يقدم فيها احد الشركاء المال ويقدم الشريك الأخر العمل.

3- باز، سليم رستم: **شرح المجلة**. ط 3. بيروت: دار العلم للجميع. 1998. ص 40-41.

4- النقيب، عاطف: **مرجع سابق**. ص 239.

5- النقيب، عاطف: **مرجع سابق**. ص 239.

تتعلق بكيفية استخدامه، أو بالتحذير من مخاطره، وقد يقتصر أثر السكوت على تعيب إرادة المشتري، مما يجعل له الحق بالمطالبة، بإبطال العقد سنداً للتدليس، أو الغلط الذي وقع فيه[1].

الفرع الثاني: مسؤولية الممتنع عن مساعدة الآخرين:

تُعدّ فكرة مُساءَلة شخص امتنع عن مساعدة غيره، سواءٌ أكان هناك علاقة تربطه به أم لا، من أصدق الصّور تعبيراً عن فكرة التضامن والتظافر الاجتماعي بين أفراد المجتمع الواحد، وهي بنتيجتها ضمان حقيقي ضد مخاطر الأنانيّة[2].

ومن صُور امتناع الفرد عن مساعدة الآخرين، صورة الامتناع عن مساعدة أحد خصوم الدعوى في إثبات ما يدّعيه، أو الامتناع عن تقديم مستند تحت يده، من شأن إظهاره تغير مركز أحد طرفي الخصومة.

وقد نصّت المادة (28) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطينية على أنه "يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم سندات أو أوراق منتجة في الدعوى تكون تحت يده وذلك في إحدى الحالات التالية: 1- إذا كان القانون لا يحظر مطالبته بتقديمها أو تسليمها. 2- إذا كان السند مشتركاً بينه وبين خصمه، ويعتبر السند مشتركاً على الأخصّ إذا كان محرّراً لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة. 3- إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى"[3].

والملاحَظ أنه بحسب الأصل لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه بنفسه، وبالمقابل لا يجبر على تقديم دليل ضد نفسه، إلا أن المادة (28) سالفة الذِّكْر تُعدّ استثناءً على الأصل،

1- سعد، حمدي أحمد: **مرجع سابق.** ص 456-457.

2- الخليلي، حبيب إبراهيم: **مرجع سابق.** ص 273.

3- المادة 28 من قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001م.

وتقرر جواز إلزام الخصم بتقديم سندات أو أوراق منتجة في الدعوى تحت يده، ولكن ضمن الحالات الواردة في المادة المشار إليها على سبيل الحصر[1].

وقد بيّن قانون البيّنات الفلسطيني الأثر المترتّب على امتناع الخصم عن تقديم السند الذي بحوزته، فقد نصّت المادة (31) منه على "1- إذا أثبت الطالب طلبه، وأقرّ الخصم بأن الورقة أو السند في حيازته، أو سكت، أمرت المحكمة بتقديمه في الحال أو في أقرب موعد تحدّده. 2- إذا أنكر الخصم، ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب، وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن الورقة، أو السند لا وجود له، أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه، وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستشهاد به".

كما نصّت المادة (32) من ذات القانون على أنه "إذا لم يقُم الخصم بتقديم الورقة أو السند في الموعد الذي حدّدته المحكمة وامتنع عن حلف اليمين المذكورة، اعتبرت الصورة التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها فإن لم يكن خصمه قد قدّم صورة من الورقة أو السند جاز للقاضي الأخذ بقوله بعد تحليفه اليمين المتمّمة فيما يتعلق بشكله وموضوعه".

وقد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 11 مارس 1948 بأن الامتناع عن تقديم الورقة في الأحوال المتقدمة يكون محل اعتبار المحكمة بحسب دلالته المحتملة وبغير إلزام من القانون يُعدّ حتماً تسليم بقبول الطلب[2].

ويستنتج من المادتين (31) و(32) سالفتي الذِّكْر أنهما أوجبتا على الخصم إثبات أن السند الذي يطلب إلزام خصمه بتقديمه موجود تحت يد خصمه، وفي حال تعذر إثبات ذلك، فقد ألزمت النصوص المتقدمة الخصم المُنكر لوجود السند تحت يده أن يحلف يميناً بعدم وجود السند وأنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفِه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستشهاد به، فإذا امتنع عن حلف اليمين اعتبر ممتنعاً عن تقديم السند، ويجوز للقاضي اعتبار الصورة التي

1- أبو الوفا، أحمد: **التعليق على نصوص قانون الإثبات**. ط 1. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1978. ص 117.

2- أبو الوفا، أحمد: **المرافعات المدنية والتجارية**. ط 12. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1977. ص 615.

قدّمها الخصم صحيحة مطابقة لأصلها، وإذا لم يقدم صورة عن السند جاز للقاضي بعد تحليفه اليمين المتمّمة الأخذ بأقواله على اعتبارها صحيحة وهذا بالنسبة للخصم الذي يمتنع عن تقديم دليل تحت يده.

أما بالنسبة للغير الذي يعتبر أجنبياً عن الخصومة، فقد يمتنع عن تقديم ورقة أو سند تحت يده أيضاً، وقد أجازت المادة (34) من قانون البيّنات الفلسطيني النافذ للمحكمة أن تكلفه بتقديم هذا السند أو الورقة التي بحوزته أو تحت يده، وقد نصّت على أنه "يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى أن تكلّف الغير بتقديم ورقة أو سند تحت يده وذلك في الأحوال والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة من هذا الفصل".

وأخيراً يمكن القول: إن للمحكمة أن تعتبر امتناع الخصم عن تقديم ما تحت يده من مستندات أو امتناعه عن حلف اليمين بعدم وجود السند تحت يده، تسليماً منه بأقوال خصمه فيما يتعلق بالسند الذي يدّعيه.

الخاتمة:

قدمت في ما سبق دارسه تحليليه مقارنه لموضوع الخطأ السلبي (الامتناع) في المسؤولية المدنية، وضحت فيها مفهومه وكيفيه تميزه عن الخطأ الايجابي، ومدى خضوعه للقواعد العامة في الخطأ، كما بحثت طبيعته وصوره وإكمالا لفهم هذا الموضوع شرحت ابرز تطبيقاته ، وهذا ساعدني في الوقوف على أصغر جزئياته، وإبراز الخلافات على أدق مسائله، وهو ما أوصلني إلى عده نتائج أجملها بالاتي:

1_ مسؤولية الممتنع جنائيا تختلف عن مسؤوليته المدنية؛ لأنه لا يمكن التحدث عن مسؤوليته جنائية للممتنع إذا لم ينص قانون العقوبات على تجريم حاله امتناع عن قيام بعمل يأمر بها؛ لان قانون العقوبات مقيد بمبدأ الشرعية القاضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، على خلاف مسؤولية الممتنع المدنية التي يمكن تحققها طالما أن الواجبات القانونية يمكن أن يعينها القاضي دون وجود قيد كما في المسؤولية الجنائية ،وهذا يجعل نطاق مسؤولية الممتنع المدنية أوسع من مسؤوليته الجزائية.

2_ الخطأ السلبي أو الامتناع قد يأخذ صورة ترك أو إهمال أو عدم احتياط، وهذا ما قد يكون عند ممارسه عمل ما، أو مجردا عن أي عمل أي موقفا سلبيا بحتا.

3_ وضع الفقه معيارا للتميز بين الخطأ الايجابي والخطأ السلبي يستند على فكرتين، الأولى تنظر إلى كل خطا غير عمدي أنه خطا سلبي والثانية يستدل بها على سلبيه الخطأ من ايجابيه الالتزام، وايجابيه الخطأ من سلبيه الالتزام، فإذا كان الالتزام الذي أخل به إيجابيا فيكون خرقه بخطأ سلبي، وإذا كان الالتزام المخل به سلبيا فيكون خرقه بخطأ ايجابي.

4_ اختلفت الآراء الفقهية في اعتبار الامتناع سلوكاً فعالاً لقيام المسؤولية أو لا ، ويعود السبب في ذلك للاختلاف في المذهب أو النزعة التي يتبناها كل اتجاه. فالفقهاء الذين ينطلقون من المذهب الفردي يقدمون مصلحه الممتنع على مصلحه المجتمع؛ لأنهم يقدسون الحرية، ويعتبرونها مظهر الآدمية فلا يرون في الامتناع سببا للمسؤولية، على عكس الفقه الذي ينطلق من المذهب الجماعي

الذي يقدم مصلحه الجماعة في اشاعه روح التضامن على مصلحه الممتنع وحريته لذلك يذهبون إلى اعتبار الامتناع سببا لقيام المسؤولية

5_ اختلفت الآراء الفقهية في مدى خضوع الامتناع للقواعد العامة في الخطأ إلا أن الاتجاه الغالب والمستند لعدة أدله يؤيد خضوع الامتناع لقواعد الخطأ الايجابي باستثناء حالات معينه منها عدم مسائله عديم التمييز الممتنع؛ لكونه لا يقدر على مساعده الآخرين هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يتصور فيها أن عديم التمييز الممتنع يسعى للإخلال بفكره التضامن الاجتماعي ومصلحه الجماعة.

6_ الفقه الإسلامي لا يعتد بركن الخطأ لترتيب المسؤولية (الضمان) كما في الفقه الغربي، بل يعتد بركن الضرر بغض النظر سواءَ أكان الفعل خاطئاً أم لا، والفعل أو الإضرار بتحقق عندهم بالمباشرة أو التسبب ويمكن تصور وقوع المباشر والتسبب بالامتناع، أي أن الفقه الإسلامي اقر وجود المسؤولية أو التضمين على أساس الامتناع.

7_ مشروع القانون المدني الفلسطيني ومذكراته الايضاحيه لم يتناول أحكام الخطأ السلبي أو الامتناع، يضاف إلى ذلك أن المذكرة الايضاحيه عند شرحها للمادة 179 من المشروع أشارت أن المقصود من عبارة (كل من ارتكب فعلا......) الواردة في المادة سالفة الذكر تفيد الفعل بوضوح ولا تشمل عدم الفعل الذي يترتب عليه الضرر،أي ان النص يتناول الفعل الايجابي دون الفعل السلبي.

8_ إن المعيار الذي يقاس فيه سلوك الممتنع هو معيار الرجل العادي وهو ذات المعيار المطبق على الخطأ الايجابي.

9_ القول إن الامتناع عدم والعدم لا يولد إلا عدماً، مقوله أصبحت في ذمه التاريخ، طالما أن ضابط العدم هو استحالة ترتيب اثر أو حدث ما، وهذا لا يصدق عن الامتناع.

10_ لا خلاف بين الفقهاء على تحقق مسؤولية الممتنع إذا كان الامتناع مسبوقاً بالتزام قانوني أو إرادي، إلا أنهم اختلفوا في تحقق مسؤولية الممتنع إذا كان امتناعه مجردا غير مسبوق بالتزام ويعود سبب الاختلاف إلى تبني النزعة الفردي أو النزعة الجماعية لدى كل اتجاه ، والباحث يؤيد الاتجاه الذي يرى قي الامتناع المجرد سببا لقيام المسؤولية وذلك لاشاعه روح التضامن بين أفراد المجتمع من جهة ومن جهة أخرى أن تذرع الممتنع بأن له الحرية في الركون إلى موقف سلبي قد يجعله في حاله أخرى ضحية امتناع غيره عن مساعدته.

11_ إن التفرقة بين الامتناع العمدي وغير العمدي ليست ذات جدوى في نطاق المسؤولية المدنية، لان هدفها جبر الضرر بتعويض المضرور، وليس ردع الممتنع، كما في المسؤولية الجزائية، فالامتناع غير العمدي يؤدي إلى نفي مسؤولية الممتنع الجزائية بسبب انعدام القصد الجنائي.

12_ بخصوص امتناع الموجب له عن الرد عن الموجب لاحظنا أن السكوت عن الرد يمكن أن يعد قبولا لانعقاد العقد على سبيل التعويض للموجب بسبب إهمال الموجب له عن الرد، وحالات اعتبار السكوت قبولاً هما السكوت الموصوف والملابس.

13_ من خلال البحث في مسؤولية الطبيب الممتنع عن التعاقد مع المريض ، يلاحظ أن هذا الموضوع قد خلا من وجود نصوص تشريعيه تنظم أحكامه، أو تقضي بإلزام الطبيب بتقديم المساعدة والعلاج للمريض، وما تزال قواعدها فقهية مختلفاً فيها.

التوصيات :

يعد موضوع الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية من المواضيع الفقهية الجدلية البحتة التي لم تنل حظها من التشريع والتنظيم، كما أن غالبية التشريعات تكاد تخلو من تنظيم أحكام مسؤولية الممتنع، لذا فإنني أوصي بالاتي :

1 - تعديل نص المادة (179) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تنص على أن" كل

من ارتكب فعلا سبب ضرر للغير يلزم بالتعويض"، والتي تستثني عدم الفعل أي الامتناع من الخضوع لإحكامها، ليصبح النص " كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض"، وبهذا التعديل يدخل الامتناع أو الخطأ السلبي في مفهوم الإضرار ويتساوى بالخطأ الايجابي.

2 - استحداث نصوص قانونية، في مشروع قانون العقوبات الفلسطيني تجرم الامتناع، لكي يتسنى مسائلة الممتنع جزائياً، وإلزامه بعمل تجاه الآخرين، وإنزال عقاب عليه في حالة امتناعه، وهذا يحقق قاعدة الشرعية القاضية" بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".

قائمة المصادر والمراجع

أولا : المصادر

القران الكريم

كتب الحديث النبوي الشريف

البخاري : صحيح البخاري

ثانياً : كتب الفقه الإسلامي

ابن قدامة، محمد عبد الله: **المغني،** ج 5. ط3. القاهرة: دار المنار، 1367هـ.

الزحيلي، وهبة: **نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي.** دراسة مقارنة.ط1. دمشق: دار الفكر .1970.

الزرقا، مصطفى أحمد: **الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها انطلاقا من القانون المدني الأردني.**ط1. دمشق: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع. 1984.

الكاساني، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.** ج2.ط2.بيروت: دار الكتاب العربي.1974.

الإمام الأكبر الشيخ محمد شلتوت: **الإسلام عقيدة وشريعة.**

فيض الله ، محمد فوزي : **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام.** ط1.الكويت: دار التراث. .1983

سراج، محمد: **أصول الفقه الإسلامي.** منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998،

شروحات مجلة الأحكام العدلية

باز، سليم رستم: **شرح المجلة**.ط3 . بيروت: دار العلم للجميع.1998.

ثالثاً : القوانين

القانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976 . نشر هذا القانون في الصفحة (2) من العدد (2645) في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1976/8/1.

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948. صدر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367هـ (16 يوليو سنة 1948).

القانون المدني الفرنسي، صدر في 21 آذار سنة 1804م.

قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001م.

مجلة الأحكام العدلية. صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام 1286هـ الموافق 1869م وتوطد نفاذها في عام 1293هـ الموافق 1876م.

قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة1944.

المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني. ديوان الفتوى والتشريع .2003.

مشاريع القوانين

مشروع القانون المدني الفلسطيني.

رابعاً : المراجع

الكتب القانونية :

الأبراشي، حسن زكي: **مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن،** القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية.

أبو الوفا، أحمد: **التعليق على نصوص قانون الإثبات،** ط 1، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1978.

أبو الوفا، أحمد: **المرافعات المدنية والتجارية،** ط 12، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1977 .

الأهواني، حاسم الدين كامل: **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام.** ط 2. 1995.

جمعة، عبد المعين لطفي: **موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية،** ج1، القاهرة: عالم الكتب. 1979.

الحديثي، فخري عبد الرزاق، والزعبي، خالد حميدي: **شرح قانون العقوبات القسم العام،** ط 1، عمان: دار الثقافة، 2009.

حسني، محمود نجيب: **شرح قانون العقوبات القسم العام،** ط 6، القاهرة: دار النهضة العربية، 1989.

الحلبي، محمد علي السالم عيّاد: **شرح قانون العقوبات القسم العام،** بدون طبعة، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1997.

حمزة، محمود جلال: **العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام.** 1985.

حنا، منير رياض: **المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري،** ط 1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008.

الخليلي، حبيب إبراهيم: **مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي**. القاهرة، المطبعة العالمية. 1967.

الدريني، فتحي. **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق**. ط 1. دمشق: مطبعة جامعة دمشق. 1967.

الديناصوري، عز الدين، الشواربي، عبد الحميد: **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء**. القاهرة: الحديثة للطباعة.

الذنون، حسن علي، والرحو، محمد سعيد: **المبسوط في شرح القانون المدني**. ج 2 (الخطأ). ط1. عمان: دار وائل للنشر. 2006.

سعد، حمدي أحمد: **الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي**، بدون طبعة، القاهرة، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999.

السعيد، كامل: **شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات**. ط 1. عمان: دار الثقافة.2000.

سلطان، أنور : **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني** ،ط1، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2005.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج 1، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

الشامي، محمد حسين علي: **ركن الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي**. ط 1. القاهرة: دار النهضة العربية. 1999.

شمس، محمود زكي: **المسؤولية التقصيرية للأطباء**.

عامر، حسين، عامر عبد الرحيم: **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**.ط2.القاهرة : دار المعارف.1979.

عبد، مزهر جعفر: **جريمة الامتناع**، ط 1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

العبيدي، علي هادي. **شرح أحكام قانون المالكين والمستأجرين في ضوء قضاء محكمة التمييز**. ط1 .الإصدار الأول. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005.

الفكهاني، حسن، جميعي، عبد الباسط، حسني، عبد المنعم، مدكور، محمد سلام، حتحوت، عادل: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**. ج 4. القاهرة: إصدار الدار العربية للموسوعات. 2001.

فوده، عبد الحكم: **الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية دراسة تحليلية في ضوء الفقه وقضاء النقض**.الإسكندرية: دار الفكر الجامعي .1996.

القاضي، مختار: **أصول الالتزامات في القانون المدني**، القاهرة: دار النهضة العربية، 1967.

المجالي، نظام توفيق: **شرح قانون العقوبات القسم العام**. ط 1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1998.

مدغمش، جمال: **شرح القانون المدني الفعل الضار المسؤولية التقصيرية**. عمان. 2002.

مرسي، محمد كامل. **شرح القانون المدني الجديد الالتزامات**. ج 2. القاهرة: المطبعة العالمية. 1995 .

مرقس، سليمان: **المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية**. 1971.

مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية**، ج 1، ط5، القاهرة: بدون دار نشر.1992.

منصور، أمجد محمد: **النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام.** عمان: دار الثقافة. 2001.

نجم، محمد صبحي: **قانون العقوبات القسم العام،** ط 1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2000.

النقيب، عاطف: **النظريـة العامـة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصـي،** ط 3، بيروت: دار منشورات عويدات، 1984.

الرسائل الجامعية :

ارتيمة، وجدان سليمان عبد الرحمن: **الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة،** رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة إلى الجامعة الأردنية، 1994.

حرح، زهير بن زكريا: **الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني،** رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، 1999،

حليلو، مصطفى عبد القادر: **عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري،** رسالة ماجستير غير منشورة، عمان: الجامعة الأردنية، 1991،

الشامي، محمد حسين علي: **ركن الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي،** ط 1، القاهرة: دار النهضة العربية، 1999،

عابدين،عصام منير: **الأخْطاء الطبيّة بين الشريعة والقانون،** رسالة دكتوراه غير منشورة، مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدّول العربية، 2005.

عسقلان، فضل ماهر محمد: **المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز،** دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، نابلس–جامعة النجاح الوطنية، 2008، ص 60.

An- Najah National University

Facility of Graduate Studies

Negative Tort in The Civil Liability

By

Majd mohamad sliman enab

Supervised

Dr.Ali Sartawi

The Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Privet Law, Faculty of Graduate Studies, An-Najah National University, Nablus Palestine.

2012

Negative tort in the civil liability
By
Majd M. S. Enab
Supervised
Dr. Ali Sartawi

Abstract

In this study, I examined the negative tort in the civil liability, and explained through it whether this tort or abstention is considered to be as a cause of civil liability as well as in the positive tort, or that the tort or abstention is not considered in the law and jurisprudence. For this reason, I outlined the study into two chapters: the first is specified to study the general rules in the negative tort and involves two issues: the first offered it to define the negative tort, and distinguish it from the positive tort, and demonstrating the fundamental basis of the distinction between them. Also, I explained the extent of submission to the general rules in the tort by indicating the position of jurisprudence and judiciary. In the second part, I examined the nature of the negative tort through the statement of the position of jurisprudence which sees this tort as a state of no effect, and is based on the philosophical and legal foundations, and the statement of the position of the other side of jurisprudence which sees the abstention as a case of an effect based on the philosophical and legal foundations as well.

The second chapter is dedicated to study images of negative tort and its applications through two issues. I explained in the first issue images of abstention in terms of being a mere abstention or failure of an unprecedented commitment and stated the position of jurists and law to

establish liability on them .The second topic dealt with the most prominent applications of the negative tort which includes refraining from physical and legal work, and refraining from contracting and helps others.

At the end, I put a conclusion which recorded the most important findings and observations that drove me to it, and revealed by research to address the subject in all its aspects.